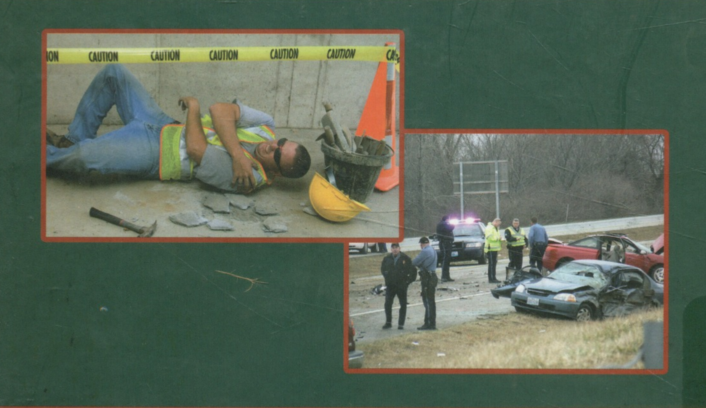
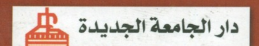
التعويض العينى

لجبر ضرر المضرور

دراسة مقارنة



الدكتور
محمود عبد الرحيم الديب
استاذ القانون المدنى
جامعة الأزهر



دار الجامعة الجديدة

دار الجامعة الجديدة للنشر

٣٨ شارع سوتير ـ الأزاريطة الإسكندرية ت : ٤٨٦٣٦٢٩ - ٤٨٦٨٠٩٩

E-mail. : darelgamaaelgadida@hotmail.com

www.darggalex.com   info@darggalex.com

التعويض العينى

لجبر ضرر المضرور

دراسة مقارنة

الأستاذ الدكتور

محمود عبد الرحيم الديب

أستاذ القانون المدني

بجامعة الأزهر

2013

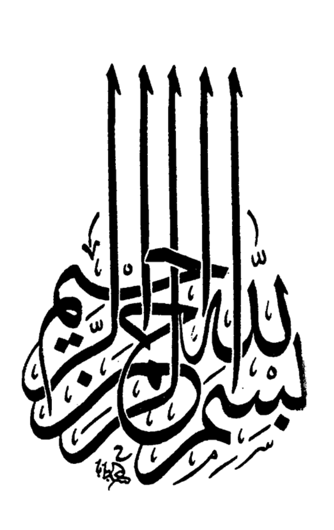
دار الجامعة الجديدة

٣٨-٤٠ ش سوتير - الأزاريطة - الإسكندرية

تليفون: ٤٨٦٣٦٢٩ فاكس: ٤٨٥١١٤٣ تليفاكس: ٤٨٦٨٠٩٩

E-mail: darelgamaaelgadida@hotmail.com

www.darggalex.com info@darggalex.com


بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، الذى هدانا إلى الحق وإلى طريقه المستقيم، وأصلى وأسلم على أشرف الخلق وحبيب الحق، سيدنا محمد الصادق الوعد الأمين، ورحمة الله للناس أجمعين، وعلى آله وأصحابه وأتباعه ومن سار على نهجه إلى يوم الدين، وسلم تسليما كثيرا يا رب العالمين.

وبعد .....،

فإن الإنسان يعيش فى هذه الحياة وسط بين أقرانه من البشر، حيث يصعب على الفرد أن يستقل بحياته بعيدا عن المجتمع الذى يعيش فيه، ولذا فإن الإنسان اجتماعي بطبعه، يختلط بغيره، ويتعامل معه، وهو فى هذا التعامل قد يحيد عن جادة الصواب، مما يسبب ضررا للآخرين معه، قد تقوم معه مسئوليته تجاه من سبب له هذا الضرر. غير أن هذا الحياد لم يكن مطلقا من ضوابط تحده، وحدود تقيده، وإلا لادعى كل إنسان خطأ غيره، ولهذا جاء القانون منظما لعلاقات الأفراد وتعاملاتهم فيما بينهم. ووضح أن الخروج على قواعده يستوجب المسئولية. وأضحى ذلك هدفا هاما من أهداف القانون، مما جعل المسئولية – فى القانون – تتمتع بأهمية خاصة، جعلت لها مكانا متميزا فى عالم القانون، نظرا لما تتميز به من تطور وتقدم فى أحكامها، والذى يتفق مع تطور المجتمع وتقدمه، ويتماشى مع ما يسود فكرة المسئولية من أفكار وآراء.

بيد أن هذه المسئولية تتنوع فى ظل القانون المعاصر إلى نوعين: مدنية وجنائية، وتتكفل الثانية بحماية المجتمع من أى خروج عليه، وهو ما يطلق عليه القانون وصف الجريمة. بينما تتمتع

الأولى بأهمية بالغة فى حماية العلاقات المالية بين الأفراد، هذه العلاقات المتشعبة والمتنوعة إلى درجة القول بأنها لا حدود لها، ذلك أن موضوعات المسئولية المدنية متعددة ومتنوعة، عكس المسئولية الجنائية والتى تعمد أساسا على قاعدة أنه « لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص »[1]. ومن هنا فإنه يمكن القول بأن المسئولية المدنية مهما حظيت بالبحث والاهتمام فإن الحاجة إلى تلمس ما يطرأ عليها من أفكار وتطور يبدو أمرا ملحا[2]، أيا كان النطاق الذى تظهر فيه، سواء تعلق الأمر بأسبابها أم بأركانها من خطأ وضرر وعلاقة سببية أم بآثارها.

ويمكن القول بأن المسئولية المدنية بوجه عام ما هى إلا التزام بجبر ضرر المضرور المترتب على الإخلال بالتزام سابق، هذا الالتزام قد ينشأ عن عقد، وقد ينشأ عن قانون، ولهذا فإن المسئولية المدنية نفسها قد تكون عقدية، وقد تكون غير عقدية أو ما يطلق عليها « تقصيرية » وهذه الأخيرة هى التى نعنى بها الإخلال بالتزام قانونى، هو واجب الحيطة والحذر، حتى لا يكون هناك

---

(١) د. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٤م، ص٣٧٠، د. أنور سلطان، الموجز فى مصادر الالتزام، منشأة المعارف، ١٩٩٥، ص٣٠٦، د. مصطفى الجمال، النظرية العامة للالتزام، الدار الجامعية، ١٩٨٧، ص٣٤٢، د. رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٣م، ص٣١١.

(٢) انظر: د. محمود جمال الدين زكى، مشكلات المسئولية المدنية، ج١، مطبعة جامعة القاهرة ١٩٧٨، ف ١، ص١ حيث يذكر سيادته: « لعل المسئولية المدنية فى الوقت الحاضر، هى مهد مشكلات القانون المدنى، ولا زال الخلاف يستعر أواره فى أمهات مسائل المسئولية المدنية، وظلت تبعا لهذا، مجالا واسعا للاجتهاد، بغية حسم النزاع فيها بالوصول إلى حلول مرضية ».

ضرر بالآخرين، وإلا ترتب على ذلك مسئولية قوامها تعويض المضرور.[1]

وبناء عليه فإن تعويض الضرر له أهمية قصوى من الناحيتين النظرية والعملية، فهو الهدف النهائى من بحث المسئولية ودراستها، وهو ما يبغى المتضرر الوصول إليه فى دعوى المسئولية، ويسعى المسئول إلى استبعاده، ولهذا فإن المسائل التى يثيرها موضوع التعويض تبعد أساسا عن مشكلات المسئولية، من حيث أساسها وفلسفتها. إذ يأتى التعويض فى مرحلة لاحقة لقيام المسئولية والانتهاء من تقريرها.

إلا أن التعويض يثير كثيرا من المسائل والموضوعات الهامة، تأتى فى مقدمتها طرق التعويض، وخاصة التعويض العينى، والذى لم يفصل فيه القول تفصيلا من جانب المشرعين أو الفقهاء وحتى أحكام المحاكم لم تضع لنا حلولا مستقيمة لفكرة التعويض العينى، وكل ما ورد فيه من النصوص القانونية أنه أحد طرق التعويض والتى عدها بعض الفقهاء طريقان[2] بينما عدها آخرون ثلاثة[3].

---

(١) د. محمد حسين عبدالعال، تقدير التعويض عن الضرر المتغير، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠م، ص٥، د. حمدى عبد الرحمن، الوسيط فى النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، ط ١، ١٩٩٩م، دار النهضة العربية، ص٤٩٩.

(٢) د. عبد الودود يحيى، الموجز فى النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٩٤، ص٤٩٧، د. محمود عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام، ج٢، ط ٢، دار النهضة العربية، ص١١٣، د. إسماعيل غانم، فى النظرية العامة للالتزام، ج٢، مكتبة عبدالله وهبة، ١٩٦٧، ص١٠٨.

(٣) د. عبد الرزاق السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى. آثار الالتزام، نادى القضاة، دار النهضة العربية، ١٩٨٢، ف٤٧١ ص١١٠٦. د. رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص٣٩٣، د. جلال العدوى،

وإذا كان التعويض العينى مألوفا من جهة وروده فى لغة الفقه، فهذا لايعنى أن له معنى دقيقا يعرف به. ذلك أن للتعويض العينى – كما يبدو- أوجها شتى وتحليل ما ورد بصدده عند الفقهاء والذى يدل على وجود اختلاف حول مدلوله.

ولصعوبة الموضوعية والمنهجية وجد الرافضون فى دراسة التعويض العينى سببا مضافا، ودعما لحجتهم القائلة أن الوسيلة الوحيدة لتعويض المتضرر هى الحكم له بمبلغ من المال النقدي، وأن محو الضرر ضرب من الخيال والرفاهية الفكرية غير الجدية . وتجد مثل هذه الحجج وغيرها قبولا هنا وهناك، ومما يساعد على ذلك موقف البعض من الزمان على أساس أن الماضى لا ينمحى.

ولا يقتصر أهمية التعويض العينى على الجدل الفقهى، بل إن المشرع فى غالبية الأنظمة القانونية جعله في صياغة الإطار العام لأحكام التعويض، فظل التعويض العينى حبيس الصياغة العامة[1]، وترك الحكم فيه للقاضى وفقا لسلطته التقديرية، دون تحديد تفصيلى ودقيق للعناصر المختلفة التى يتعين على القاضى مراعاتها. وحسنا فعل المشرع المصرى عندما نص على التعويض العينى فى فصل العمل غير المشروع تحت عنوان « المسئولية عن الأعمال الشخصية »، وتبعه فى ذلك معظم التشريعات العربية . بينما نص

=أصول الالتزام، منشأة المعارف، ١٩٩٧، ص٤٨٧، د. أنور سلطان، المرجع السابق ص٣٧٩، د. نبيل سعد، المرجع السابق، ص٤٨٢، المستشار أنور العمروسى، التعليق على نصوص القانون المدنى المعدل، ج١، ١٩٨٣، ص٥٣٧.

(١) انظر المادة ٢/١٧١ مدنى مصرى ويقابلها: م ٢/٢٠٩ مدنى عراقى، م ١٧٢ مدنى سورى، م١٧٤ مدنى ليبى، م١٣٦ موجبات لبنانى، م٢/٢١٥ مدنى قطرى.

عليه القانون المدنى العراقي فى أحكام الالتزام، وباعتباره أثر من آثار الالتزام وهو ما كان محل نقد بعض الفقهاء(١).

ولما كان التعويض العينى بهذه الصورة، كان مجال البحث فيه أمرا صعبا لما يثيره من كثير من المشكلات، لعل أبرزها الوقوف على ماهية التعويض العينى، وخاصة أن البعض من الفقهاء قد استخدم هذا المصطلح كبديل لمصطلح التنفيذ العينى واعتبرهما مترادفان(٢) ولذا تبرز أهمية بيان حقيقة التعويض العينى وتمييزه عما يشتبه به من أفكار قانونية مشابهة، كما يثير التعويض العينى فكرة مجاله، أو نطاق إعماله، وهل يمكن إيجاده فى كل من المسئولية العقدية والتقصيرية على حد سواء، كما تثير أنواع التعويض العينى شغفا قانونيا للوقوف عليها، وهل هو فقط تعويض مادى، أم يتصور أيضاً كتعويض معنوى، وهو ما يطلق عليه فكرة إصلاح الضرر الأدبى عينا، ولعل الجانب العملى فى تصور التعويض العينى يسوقنا إلى معرفة مدى سلطة القاضى إزاءه، وهل له سلطة تقديرية أم مقيد بشأنه ببعض القيود.

تلك هى مشكلات التعويض العينى باعتباره وسيلة لجبر ضرر المضرور فى المسئولية المدنية، وهى ما حاولت جاهدا أن أناقشها من خلال هذا البحث لأصل فيها إلى اجتهادات فقهية، لا أدعى فيها سبقا بقدر ما حاولت الوصول إليها جاهدا من خلال نظرة عامة فى

---

(١) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز فى شرح القانون المدنى العراقى، ج٢، أحكام الالتزام، ط٣، ١٩٧٧، ص١٤، هامش (٨).

(٢) د. السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٨١، ف٦٤٣، ص ١٣٥٣، حيث يقول سيادته: « التعويض العينى أو التنفيذ العينى »، د. رمضان أبو السعود، المرجع السابق صـ ٣٩٣.

القواعد العامة التى ساقها المشرع والفقهاء، مستعيناً بأحكام القضاء كلما كان ذلك ممكنا، لعلى أصل فى نهاية هذا البحث السريع إلى وضع لبنة فى هذه الفكرة، معترفا – بداية – أن الموضوع فى حاجة إلى بحث متأنى، للوصول إلى أفكار أكثر عمقا، وحلول أكثر اتساقا مع تطور الفكرة فى حد ذاتها فى النطاق القانونى – نظريا كان أو عمليا – .

ولهذا فإننى سوف أتناول هذا الموضوع فى أربعة مباحث متتالية، أخصص الأول منها فى بيان ماهية التعويض العينى، على أن أناقش فى المبحث الثانى أنواعه، وأخصص الثالث لنطاقه، خاتما مباحث هذا الموضوع بسلطة القاضى إزاءه، مستعرضا أخيرا أهم النتائج التى توصلت إليها فى خاتمة البحث، مؤكدا أن التعويض العينى هو التعويض غير النقدى الذى يحكم به لمهاجمة مصدر الضرر أو مادته مباشرة، بمعنى إزالة الضرر أو المخالفة عينا أو منع استمرار ذلك مستقبلا، وفى هذا الصدد فإنى اتقدم باقتراح أن يتبنى المشرع الوضعى موقفا تشريعيا يتسم بالوضوح والشمول لطرق التعويض عموما، والعينى منه خصوصا، كما سيتضح ذلك فى موضعه، وذلك كله مستعينا بالله ثم بما أتيح لى من مراجع عامة أو متخصصة، داعيا المولى ﷻ أن يوفقنى ويسدد خطاى ويلهمنى الرشد فى القول والعمل. فإن وفقت فبفضل من الله وحده، وسأسجد له شاكرا، وإن كانت الأخرى فسوف أسجد لعظمته مستغفرا، وعذرى أننى بشر أخطئ وأصيب، والله من وراء القصد وهو الهادى إلى سواء السبيل.

❁❁❁

تمهيد

تتمتع المسئولية المدنية بأهمية خاصة تجعل لها مكانا متميزا مرموقا في عالم القانون، نظرا لما تتميز به من تطور وتقدم في أحكامها بما يتفق وتطور المجتمع وتقدمه، ويتمشى مع ما يسوده من أفكار وأنشطة، ولهذا تكثر الكتابات والأبحاث وتتعدد في هذا المجال الرحب الفسيح . ويلاحظ أن موضوعات المسئولية المدنية متعددة ومتنوعة، ومهما حظيت بالبحث والاهتمام تبقى الحاجة إلى تلمس ما يطرأ عليها من تطور أيا كان النطاق الذى يظهر فيه، سواء تعلق بأسباب قيامها أو بأركانها.

إذ يظل موضوع التعويض بحاجة للدراسة لما له من أهمية عملية، فهو الهدف النهائي من بحث المسئولية ودراستها، وهو ما يبغى المتضرر الوصول إليه بكل ممكن فى دعوى المسئولية، كما يسعى المسئول إلى استبعاده كذلك بكل ممكن . لذا فإن المسائل التى يثيرها موضوع التعويض تبعد عن مشكلات المسئولية ذاتها، من حيث أساسها وفلسفتها – كما أوضحت فى المقدمة – إذ يأتى التعويض فى مرحلة لاحقة لقيام المسئولية والانتهاء من تقريرها.

ويثير التعويض عن المسئولية المدنية كثيرا من المسائل والموضوعات، لعل فى مقدمتها طرق التعويض، وخاصة التعويض العينى – وهو محل دراستنا– حيث لاحظنا أن مشكلة هذا النوع من التعويض لا تزال قائمة دون أن يفصل فيها القول تفصيلا. لذا تبدو الحاجة ملحة إلى معرفة حقيقته، وتمييزه عما يشتبه به، وبيان أنواعه وما إذا كان ماديا فقط أم أنه من المتصور أيضاً أن يكون معنويا، كما تبدو الحاجة ملحة إلى تلمس النطاق الذى يعمل فيه هذا التعويض العينى، وهل يجد مجالا رحبا فى ظل المسئولية العقدية أم

أنه يقف على مسافات متساوية مع المسئولية التقصيرية كذلك.
وأخيرا هل يستبد القاضي عند التطبيق باتخاذ ما يراه مناسب وذلك في حدود سلطته التقديرية، فله أن يحكم بالتعويض العينى وقت ما شاء وكيف ما شاء ؟ أم أن سلطته التقديرية فى ذلك مقيدة بقيود لابد من مراعاتها عندما يريد القاضى أن يحكم به. سواء تمثلت هذه القيود فى طلب المضرور، أو عرض المسئول،أو اتفاق الطرفين معا على طريقة معينة للتعويض.

ولعل الجانب الأكثر حيوية وانسجاما في هذه الدراسة إنما يكمن فى الاعتبارات العملية التى تملى القبول أو الرفض من الفقه والقضاء للتعويض العينى، ولماذا يكون معلنا فى بعض الحالات دون البعض الآخر، وما هو التفسير القضائي أو الاجتماعى للحكم بالتعويض العينى، وما هى أهداف هذا الحكم؟ كل هذا جعلنا نتبنى منهجا متوازنا نتعرف فيه على الحلول الأكثر اتساقا مع الواقع من خلال وضع تصورات مقارنة دون اغفال للجوانب العملية فى هذا الشأن ويتضح ذلك جليا من خلال منهجنا فى البحث والدراسة لموضوع التعويض العينى كما سنرى فى المباحث التالية.

❁❁❁

المبحث الأول
ماهية التعويض العينى

تمهيد وتقسيم:-

تتحقق المسئولية المدنية بتوافر أركانها الثلاثة، خطأ وضرر وعلاقة السببية، وعند توافرها – على هذا النحو – يكون من حق المضرور أن يطالب المسئول بتعويضه عن هذا الضرر، وهذا متصور – غالبا – فى المسئولية التقصيرية، إلا أن الدائن فى المسئولية العقدية له أن يطالب المدين بتنفيذ التزامه عينا، أى تنفيذ عين ما التزم به المدين، وهذا هو الأصل(١)، كما أن الأصل أيضا أن ينفذ المدين التزامه اختيارا دون إجبار، فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه اختيارا أجبر على هذا التنفيذ(٢). فإذا كان هذا التنفيذ العينى غير ممكن – اختيارا أو جبرا – أو كان مرهقا للمدين بدرجة لا تتناسب مع ما يصيب الدائن من ضرر، أو اتفق الدائن مع المدين على عدم التنفيذ العينى صراحة أو ضمنا، تحول التزام المدين إلى التنفيذ بمقابل أو بطريق التعويض وبشرط عدم إلحاق ضرر جسيم بالدائن(٣). ومن هنا نجد أن المسئولية التقصيرية تلتقى مع المسئولية العقدية فى ضرورة تعويض المضرور عما أصابه من ضرر، وذلك فى مرحلة لاحقة للمسئولية العقدية، بيد أن هذا التعويض قد

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، ج٢، ص٥٠٦، وانظر: نقض مدنى جلسة ١٩٨٦/٦/٣ (طعن رقم ٢٠٥ لسنة ٥٣ق) منشور بمجلة القضاة السنة ٢١ العدد الأول ١٩٨٨.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية، المرجع السابق، ص٥٠٦.

(٣) نقض مدنى فى جلسة ١٩٨٧/١٢/١٨ (طعن رقم ٧٢١ لسنة ٥٣ ق) نقضى مدنى جلسة ١٩٦٦/٢/١ (طعن رقم ٣٠٧ لسنة ٣١ ق) د. السنهورى، الوسيط آثار الالتزام، المرجع السابق، ف ٤٦٠، ص١٠٧٨.

يكون مبلغا مقدرا من المال، سواء تم الاتفاق عليه مسبقا بين طرفي العقد، وهو ما يعرف بالتعويض الاتفاقى أو الشرط الجزائى، أو قام القاضى بتقديره عند منازعة الأطراف بشأنه، وهو ما يسمى بالتعويض القضائى، أو تم تقديره بنص قانونى وهو ما يسمى بالتعويض القانونى أو الفوائد القانونية.

وإذا كان هذا هو الغالب، بحيث إذا طلبه المضرور فليس للقاضى أن يحكم بغيره ولو عارض المسئول ذلك، إذ أن النص[1] صريح فى أن الحكم بتعويض غير نقدى إنما يجوز إذا ما طالب به المضرور، بل يرى البعض[2] أن الفقرة الثانية من نص المادة ١٧١ مدنى تعتبر حكما عاما، ذلك أن التعويض النقدى يتميز بالبساطة، كما أن صدور الحكم به كفيل بحل النزاع، وهو الأسهل فى التنفيذ. ومع ذلك فإن للقاضى – تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور – أن يأمر بالتعويض العينى مما أثار لبسا بين الفقهاء حول مضمون التعويض العينى، وهل يختلف في مضمونه عن هذا التعويض النقدي، وإذا كان الأمر فى النهاية هو تعويض المضرور، فهل يعتبر ذلك تنفيذ عينى، أم أنه فى كل الأحوال تنفيذ بمقابل، باعتبار هذا الأخير يشمل إصلاح الضرر بطريقة غير نقدية مما يؤدى فى نهاية الأمر إلى إزالة آثار الضرر. كل هذا يدعونا إلى أن

---

(١) تنص المادة ٢/١٧١ على أنه « ويقدر التعويض بالنقد على أنه يجوز للقاضى، تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع، وذلك على سبيل التعويض ».

(٢) راجع المستشار / أحمد حسن الحمادى، الحق في التعويض ومدى انتقاله إلى الخلف العام، مطبعة دار الثقافة بقطر، ١٩٩٥، ص٢٣٩، د. إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص١١٠.

نبين حقيقة التعويض العينى، وتمييزه عما يشتبه به من أفكار قانونية قد تختلط به، ليستقيم لنا المعنى ونحدد له قواعده وأحكامه، وهذا ما يجعلنا نعالج هذا المبحث فى المطلبين الآتيين:-

المطلب الأول

تعريف التعويض العينى

يعرف التعويض العينى « La Reparation en Nature » بأنه الحكم بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل أن يرتكب المسئول الخطأ الذى أدى إلى وقوع الضرر، وهو بهذا المعنى يعد أفضل من التعويض النقدى[1]، وذلك أنه يؤدى إلى إزالة الضرر ومحوه، بدلا من بقاء الضرر على حاله وإعطاء المتضرر مبلغا من المال عوضا عنه، كما هو الحال فى التعويض النقدى، وبعبارة أخرى فإنه يحقق للمضرور ترضية من جنس ما أصابه من ضرر، وذلك بطريقة مباشرة، أى من غير الحكم له بمبلغ من النقود، بهدف إزالة الضرر عينا، أى إزالة المخالفة.[2]

---

(١) انظر عكس ذلك. د. إسماعيل الغانم، المرجع السابق، ص١١٠، حيث يرى سيادته أن التعويض النقدى يتميز ببساطته، وصدور الحكم به كفيل بحسم النزاع، بعكس الحكم بتعويض عينى فقد يكون فى بعض الأحوال سببا لمنازعات جديدة.

(٢) راجع فى هذا التعريف: د. السنهورى، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ف ٦٤٣، ص١٣٥٤، د. سليمان مرقص، الوافى فى شرح القانون المدنى، ج٢، ط٥، ف١٨٩، ص٥٢٧، د. جلال العدوى، المرجع السابق، ص٤٨٧، وانظر أيضاً: د. محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٦، ص٨١٨، حيث يرى سيادته أنه « إذا كان الأصل هو التنفيذ العينى فى مجال المسئولية العقدية، فإن الأنسب فى مجال المسئولية التقصيرية هو التعويض النقدى حيث تتفق وطبيعة الضرر ويفضله المضرور عادة ».

ويرى بعض الشراح أن إزالة المخالفة لا تعنى التعويض العينى، وإنما هى إصلاح للشئ التالف، لأن القاضى لا يعوض وإنما يحكم بإزالة المخالفة، مثل توقف المنافسة غير المشروعة أو توقف الاستعمال غير القانونى لأسماء الآخرين وألقابهم. كما أن النظر بدقة فى تعريف التعويض العينى يفيد أن محوره التعويض، لذا من الخطأ الاعتقاد بوجود التعويض العينى المتمثل فى محو الضرر عندما يتم إعادة الحال إلى ما كانت عليه، وأن الوسيلة الوحيدة لتعويض الضرر هى الحكم للمتضرر بمبلغ من النقود، وكل ما يمكن الحكم به فضلا عن التعويض النقدى هو الحيلولة دون وقوع الضرر مستقبلا وليس محوه، ولهذا فإن لفظ التعويض العينى فى حالة إزالة الضرر يكون غير دقيق(١) فالتعويض إما نقديا وإما غير نقدى، وهذا الأخير يمكن أن يكون تعويضا عينيا.

وإذا كان التعويض العينى يعنى محو الضرر بإعادة الأشياء إلى ما قبل وقوع الضرر، فإن هذا التعريف قوبل بانتقادات كثيرة إلى حد إنكار وجوده، وذلك من خلال اتجاهين، الأول: يرفض المصطلح والثانى: يرفض المضمون(٢)، حيث يرى الاتجاه الأول أن إزالة المخالفة لا تعنى التعويض العينى، وإنما هو إصلاح للشيء

---

(١) راجع : د. إسماعيل غانم، المرجع السابق ،ص ١٠٨، هامش(٢)، وقد ذهب الفقيه الفرنسى (Ripent) إلى إنكار فكرة التعويض العينى وقصر التعويض على المبلغ من النقود (ريبر فى تعويض الضرر فى المسئولية التقصيرية، مشار إليه فى الحق فى التعويض للمستشار / أحمد الحمادى، المرجع السابق، ص٢٤٦.

(٢) راجع في ذلك : التعويض العينى، دراسة مقارنة، رسالة تقدم بها / نصير صبار لفتة، إلى مجلس كلية الحقوق، جامعة النهرين لنيل درجة الماجستير فى القانون، ١٤٢٢هـ- ٢٠٠١م، ص ٢٠ وما بعدها.

التالف؛ لأن القاضى لا يحكم بالتعويض وإنما يحكم بإزالة المخالفة، مثل توقف المنافسة غير المشروعة، بخلاف التعويض العينى الذى يعتبر ملائما جدا لوصف التدابير التى ترقى لمنع تحقق الضرر. بينما يتبلور الرأى الآخر فى أن التعويض هو الحكم بمبلغ من النقود، أما سوى هذا الطراز من التعويض فيمثل الحكم باحترام الحق. ففعل الاعتداء على الحق إما أن يمسه بضرر وإما أن يخالفه . ومعالجة الضرر تعويض، أما احترام الحق فهو إجراء لحماية هذا الحق . وعلى ذلك فإن طلب المدعى الحكم له بالتدابير الخاصة لحماية حقه الشخصى لا يعد تعويضا عينيا، كما هو الحال بالنسبة للتدابير الخاصة بحماية الشخص من المنافسة غير المشروعة.

ونحن بدورنا لا نتفق مع هذا الاتجاه أو ذاك، فالحكم بإزالة المخالفة- وفقا للإتجاه الأول- لا يعنى سوى التعويض العينى، أى إزالة عين ما تمت المخالفة فيه، وهل يريد المضرور أن يصل إلى أكثر من ذلك . كما أن فكرة احترام الحق - وفقا للاتجاه الثانى - ليست ببعيدة عن المسئولية، ولا يمكن تحققها بإجراءات إلا من خلال قيام المسئولية، فهى وحدها التى يعنى بها للقول باحترام الحقوق، ولا يعنى التعويض العينى سوى ذلك.

والحقيقة أن كلا من التعويض العينى والنقدى لا يتنافى أحدهما مع الآخر، بل إنهما يتكاملان، سواء كان التعويض العينى لا يصلح إلا جزء من الضرر، أم كان لا يستطيع - لقوة الأشياء - تغطية الضرر المصلح سابقا بالماضى فقط، ذلك أن المتضرر يتطلع وقبل كل شئ إلى إزالة الضرر، على الرغم من الافتراض بأنه لا يمكن محو الماضى، لذا فإن الأصل فى التعويض عن الضرر يكون

بطلب تخصيص مبلغ من النقود، أما إزالة الضرر فيكون بطلب فرعى ضمن هذا الطلب. [1]

بيد أن إزالة المخالفة ومحو الضرر هى الصورة المثلى للتعويض العينى لدى الفقه والقضاء[2] فإذا كان المدين قد تعهد بعدم البناء فى أرضه، وخالف هذا التعهد، جاز للقاضى أن يحكم – بناء على طلب الدائن – بإزالة البناء المخالف كتعويض عينى، وإذا تلف الشئ المودع بإهمال المودَع لديه، جاز للقاضى أن يحكم عليه بإصلاح التلف الذى لحق بهذا الشئ، مما يرفع الضرر عن المودِع، وإذا كان محل الالتزام تسليم شئ مثلى هلك بخطأ المدين، جاز للقاضى أن يحكم بتسليم الدائن – بناء على طلبه – شيئا مماثلا، وما هذا إلا تطبيق لفكرة إزالة المخالفة ومحو الضرر بصورة عينية، بل إن البعض قد اعتبر أن التعويض العينى يعد أفضل طرق التعويض، معللا ذلك بأنه يؤدى إلى إصلاح الضرر إصلاحاً تاماً، وذلك بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، ولذا فإن القاضى ملزم بالحكم بالتعويض العينى إذا كان ممكنا وطلبه الدائن، أو تقدم به المدين، وهو يكون كذلك بالنسبة للالتزامات العقدية، أما بالنسبة للمسئولية التقصيرية فيتصور الحكم بالتعويض العينى فى بعض الحالات، كالحكم بهدم

---

(١) د. طلبة وهبة خطاب، أحكام الالتزام بين الشريعة الإسلامية والقانون – دراسة مقارنة، دار الفكر العربى، ١٩٨٣، ص٦٦.

(٢) د. محمود عبد الرحمن، المرجع السابق، ص١١٣، د. جلال العدوى، المرجع السابق، ص٤٨٨، نقض مدنى جلسة ١٩٧٧/٥/١٠ (مجموعة أحكام النقض س٢٨ ص١١٥٨) حيث ألزمت المحكمة فى هذا الحكم بإزالة المخالفة التى وقعت، ويرى د. عبد المجيد الحكيم أن التعويض العينى بإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر هى الطريقة المثلى للتعويض (الموجز في شرح القانون المدني العراقي، ج١. مصادر الالتزام، ط٥، ص٤٧٧).

الحائط المقام بقصد منع الهواء وحجب الضوء عن عقار الجار[1] – معنى ذلك أن إزالة المخالفة وإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الخطأ ما هو إلا تعويض عيني – متى كان ذلك ممكنا – باعتباره قد ساهم في محو ضرر المتضرر، بالرغم من صعوبة الرجوع إلى الماضي، بل إن العمل على منع استمرار الضرر مستقبلا يعد نوعا من أنواع التعويض العيني، فهدم الجدار في المثال السابق – يزيل الضرر ويمنع من استمراره مستقبلا. [2]

ولعل ما أورده القانون الفرنسي خير دليل على هذا المفهوم، حيث نصف المادة ١١٤٢ من القانون المدني الفرنسي على أن " كل التزام بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل يؤدى إلى التعويض في حالة عدم تنفيذ الالتزام من المدين".[3] ويستنتج من هذا النص أن المشرع الفرنسي لم يستبعد إلا الاكراه الشخصي، لكونه يتنافى مع العرف والعادة الأخلاقية، وهو بذلك لم يستبعد أى أسلوب آخر للتعويض، إذ ليس ثمة ما يدعو لرفض فكرة التعويض العيني كلما كان هذا التعويض أقرب إلى العدالة من التعويض النقدي. وسار على هذا المنهج القضاء الفرنسي، إذ تبنت محكمة النقض الفرنسية هذا الاتجاه، حيث قررت أنه " يجب أن ينقض القرار الذى حكم على احدى شركات النقل للقطار دون أن تأخذ محكمة الموضوع بنظر

---

(١) د. أنور سلطان، المرجع السابق، ص٣٧٩، المستشار / أحمد الحمـــادى، المرجع السابق، ص٢٤٨.

(٢) د. سليمان مرقص، المرجع السابق، ص٥٢٧ ومـــا بعـــدها، د. محمـــود جمال الدين زكى، المرجع السابق، ف١١، ص٥٠ وما بعدها، د. إبراهيم الدسوقى أبو الليل، التقدير القضائي للتعـــويض، بحـــث منـــشور بمجلـــة المحامى الكويتية، السنة ٨، العدد الثاني، ١٩٨٥، ص٧١ وما بعدها.

(٣) راجع في ذلك تفصيلا: نصير صبار لفتة، المرجع السابق، صـــ٣٣ وما بعدها.

الاعتبار ما عرضته الشركة من نوع التعويض بأن تعمل بنفسها على تعويض الأضرار باصلاح الأثاث المتضرر من خلال عملية النقل".

وبهذا يتضح أن فكرة إزالة المخالفة وإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الخطأ، ما هو إلا تعويض عينى، فى ظل القوانين المقارنة، متى كان ذلك ممكنا، باعتباره قد ساهم فى محو الضرر بالرغم من صعوبة الرجوع إلى الماضى _ كما ذكرت آنفا- . بل إن التعويض العينى يكون فى حالات كثيرة أصلح لجبر الضرر الذى لحق بالمضرور، وذلك بمحو الضرر أو بمنع استمراره مستقبلا، فمثلا : يعد محو الضرر تعويض عينيا مثل الحكم برفع رهن قيد على عقار خلال مدة الوعد ببيعه، وذلك اضرارا بالموعود له بشرائه. كما أن منع استمرار الضرر مستقبلا يعد أيضاً تعويضا عينيا كالحكم بهدم بناء أو إعادته على ما كان عليه . على أن ذلك كله مرهون ببقائه ممكنا، إذ يتعين عند استحالته إلى الاكتفاء بالتعويض النقدي.

ويبدو أن التعويض العينى بهذا المعنى هو المتعارف عليه لدى فقهاء المسلمين. ذلك أن التعويض فى الفقه الإسلامى يتسم بفكرة موضوعية، أساسها تعويض المال بعوض يساويه لا يقل ولا يزيد، كما يتسم العينى منه – تحديدا – بأنه قائم على أساس إزالة الضرر، وهو ما يعرف فى الفقه الإسلامى بالضمان « أى التعويض »[(١)]. وإذا كان التعويض العينى بهذا المعنى فى الفقه الإسلامى، إلا أن له صورا متعددة، يجدر بنا الوقوف سريعا على أهمها، كالغصب

---

(١) د. على الخفيف، الضمان فى الفقه الإسلامى، دار الفكر العربي، ١٩٩٧، ص٦، د. محمد فوزى فيض الله، نظرية الضمان فى الفقه الإسلامى. مكتبة دار التراث، ١٩٨٦، ص١٥٩.

والإتلاف والتعسف فى استعمال الحق. حيث عدَّ الفقهاء الضمان فى هذه الحالات باعتباره جزاءً مدنيا خالصا، القصد منه مجرد جبر الضرر وإزالة المخالفة، بعيدا عن معنى العقوبة[1] وهو ما يعنى المراد من مصطلح « المسئولية المدنية » فى الفقه الحديث[2]، حيث استدل الفقهاء على قاعدة الغصب والإتلاف بأدلة كثيرة منها: قول الحق ﷻ: ﴿ فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا۟ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ ﴾[3] وهو أمر بالعدل حتى مع المشركين[4] وهو عين التعويض العينى الذى هو جبر الضرر وإزالة المخالفة بالكلية، وذلك لعدم اختصاص الآية بمورد القصاص، بل تعم باطلاقها وعمومها الجنايات البشرية والمالية المختلفة، وأن جزاء الاعتداء قد يكون مقاصة وقد يكون تضمينا، ويحلل العلامة ابن قيم الجوزية[5] وجه تضمين المال إتلاف نظيره بقوله " لأن المتلف ماله إذا أخذ نظيره لم يفت عليه شيء وانتفع بما أخذه عوض ماله، فإذا أمكناه من اتلافه كان زيادة فى إضاعة المال، وما يراد من التشفي وإذاقة الجانى ألم الاتلاف فحاصل بالغرم غالبا " . وأما التعبير بالاعتداء عن المقاصة أو الضمان فللمشاكلة، ومنه قوله تعالى: ﴿ وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا۟ بِمِثْلِ مَا

---

(١) د. محمد إبراهيم الدسوقى، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، مؤسسة الثقافة الجامعية بالإسكندرية، ١٩٧٢، ص٧٢.

(٢) د. محمود شلتوت، الإسلام عقيدة وشريعة، ط١٤، دار الشروق بالقاهرة ١٩٩٧، ص٣٩٢.

(٣) آية ١٩٤ من سورة البقرة.

(٤) تفسير القرآن العظيم للإمام ابن كثير، مكتبة بيت السلام، ط٢، ج١، ص٢٩٩.

(٥) اعلام الموقعين لابن قيم الجوزية، مطبعة السعادة بمصر ١٣٧٤هـ/ ١٩٥٥م، ص١٠٤ وما بعدها.

عُوقِبْتُم بِهِۦ ﴾[1]، وقوله تعالى: ﴿ وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا ﴾[2]، إلى غير ذلك من الآيات الدالة على معنى التعويض العادل، وهو ما ينطلق على التعويض العينى – متى كان ممكنا – حيث ذهب الإمام ابن القيم والإمام ابن حزم الظاهرى على أن المتلفات والمغصوب تضمنان بالجنس لا بالنقد[3]. وهو عين التعويض العينى.

كما استدل الفقهاء على قاعدة الغصب والإتلاف بجملة من الأحاديث منها: تغريم النبى ﷺ إحدى زوجاته – وقد كسرت إناء صاحبتها – إناء بدله قائلا: «**إناء بإناء وطعام بطعام**»[4].

وأيضا: حديث النبى ﷺ والذى أصبح قاعدة فقهية يعول عليها فى أمر التعويض عموما، والعينى منه خصوصا، قوله ﷺ: « **لا ضرر ولا ضرار** »[5]، وهذا يعنى وجوب دفع الضرر ورفعه وعدم إقراره كلية[6] وإذا كان هذا الحديث يتسع ليشمل التعويض بكل صوره، فإن البعض من الفقهاء قد اكتفى بحديث الإناء للدلالة على التعويض

---

(١) آية ١٢٦ من سورة النحل.

(٢) آية ٤٠ من سورة الشورى.

(٣) إعلام الموقعين لابن قيم الجوزيه، مطبعة السعادة بمصر ١٣٧٤هـ، ج٢، ط١، ص١٠٤، المحلى لابن حزم الظاهرى، المكتب التجارى للطبع والنشر، بيروت، بدون، ص١٣٥.

(٤) الحديث رواه البخارى والترمذى، وسمى الضاربة عائشة، انظر: صحيح البخارى، المكتب الإسلامى، بيروت ١٩٨٥، ط١، ج٥، ص٧٧.

(٥) الحديث رواه ابن ماجة وأحمد عن ابن عباس، كما رواه ابن ماجة عن عبادة بن الصامت.

(٦) انظر فى الدلالة من الحديث : سليم رستم باز، شرح المجلة، الكتاب الأول، ط٣، ص٢٩، المادة ١٩.

العينى لا النقدى[١]. ولعل استعمال الفقهاء لمصطلحى: المثلى والقيمى ما يؤكد الدلالة على نوع التعويض، وما إذا كان عينيا أم نقديا. حيث ذهب غالبية فقهاء المسلمين إلى أنه إذا كان للعين التالفة فى الخارج ما يماثلها من حيث الأوصاف الموجبة لاختلاف القيمة زيادة ونقصا، وجب على المكلف دفعها إلى مالكها، لأنه الأقرب عرفا وعقلا، فإذا لم يتمكن المكلف من دفعها وجب رد مثلها. وأما إذا لم يكن لها فى الخارج مماثل لها، فالواجب على المكلف دفع قيمة العين، فهو الأقرب عرفا وعقلا حينئذ . وبهذا نص الفقهاء على أن البدل فى الواجب هو المثل فى المثليات والقيمة فى القيميات.[٢]

وإذا كان هذا بالنسبة للغصب والإتلاف، فإن معنى التعويض العينى فى مجال التعسف فى استعمال الحق لدى فقهاء المسلمين أكثر إيضاحا، حيث ذهب الفقهاء إلى أن تعلية البناء، أو فتح نافذة تطل على بيت الجار لا يجوز، إذا كان من شأنه الإضرار بالجار، فمن بنى قصرا، أو رفعها على جاره، أو فتح فيها نوافذ تطل على جاره، يمنع من ذلك[٣]، جاء فى كتاب منهاج الصالحين "يجوز لكل مالك أن يتصرف فى ملكه ما يشاء، مالم يستلزم ضررا على جاره، وإلا فالظاهر عدم جوازه، كما إذا تصرف فى ملكه على نحو يوجب خللا فى حيطان جاره أو حبس ماء فى ملكه بحيث تسرى الرطوبة

---

(١) راجع: د. على الخفيف، المرجع السابق، ص٦ وما بعدها، د. صبحى المحمصانى، النظرية العامة للموجبات والعقود فى الشريعة الإسلامية، دار العلم للملايين، بيروت ١٩٧٢، ط٢، ج١، ص١٦٦ وما بعدها.

(٢) انظر فى ذلك تفصيلا: مجلة الأحكام العدلية، المواد: ١٤٥، ١٤٦، ٨٩٠، ٨٩١، ٩٠٠، ٩٠٣.

(٣) المدونة الكبرى للإمام مالك، دار صادر، بيروت ١٣٢٣هـ، ج٦، ص١٩٧.

إلى بناء جاره أو احدث بالوعة بقرب بئر الجار فأوجب فساد مائها، أو حفر بئر بقرب بئر جاره فأوجب نقصان مائها. والظاهر عدم الفرق بين أن يكون النقص مستندا إلى جذب البئر الثانية ماء الأولى أو أن يكون مستندا إلى كون الثانية أعمق من الأولى. نعم لامانع من تعلية البناء وإن كانت مانعة من الاستفادة من الشمس أو الهواء"[1]. كما أنه إذا ثبت ضرر الاطلاع، فإنه يحكم بسدها، وإن كان بابا فإنه يغلق غلقا حصينا، وتقلع منه العتبة، لئلا يكون حجة عند تقادم الزمان[2]، وبناء على ذلك فإنه ليس للرجل أن يتصرف في ملكه تصرفا يضر بجاره على نحو أن يبني فيه حماما بين الدور أو يفتح خبازا بين العقارين أو يحفر بئرا إلى جانب بئر جاره يجتذب ماءها[3]. إلى غير ذلك مما قال به الفقهاء في التزام الجوار، وأنه ما هو إلا تكليف على المالك بسبب ملكيته لعين معينة يوجب عليها عدم الإضرار بالجار بسبب ما ينشأ عن واقعة الجوار من تنازع بين الحقوق العينية المتجاورة، وعليه يجب الضمان بإزالة الضرر عينا، ويجبر المتلف بإعادته صحيحا كما كان – متى كان ذلك ممكنا – وهو ما سارت عليه أحكام مجلة الأحكام العدلية على نحو ما فعلت بالنسبة للغصب والإتلاف[4].

---

(١) راجع : منهاج الصالحين في المعاملات للسيد أبو القاسم الموسوي، ج٢، ط٨، مطبعة النعمان، ١٣٩٧هـ مسألة رقم ٧٢٦، ص ١٧١.

(٢) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام للقاضي برهان الدين المالكي، ج٢، ص٣٥٦.

(٣) المغني لابن قدامه المقدسي، دار الكتاب العربي، بيروت ١٩٨٣، ج٥، ص٥١.

(٤) راجع: مجلة الأحكام العدلية، المواد: ٢٠، ١١٩٨، ١٢٠٠، ١٢٠١، ١٢٠٢.

ويلاحظ أخيرا – فضلا عما سبق- أن فكرة التعويض العينى بهذا المعنى قد نص عليها المشرع الفرنسي صراحة: عندما نص في المادة (٨٠٩) من قانون المرافعات المدنية الفرنسي على أنه « يجوز دائما لرئيس المحكمة أن يأمر بصفة مستعجلة باتخاذ إجراءات إعادة الحالة إلى أصلها... لوقف التعرض الواضح لعدم مشروعيته » وهو نفس المعنى الذى قال به فقهاء القانون المدنى المصرى[١] بل وأجازوا للمحكمة إذا رأت أن التعويض العينى غير كاف أن تحكم بالإضافة إليه بتعويض نقدى[٢]، وخاصة التعويض عن المدة الواقعة بين وقوع الضرر وإزالته، فإن هذه المدة لا يمكن التعويض عنها عينا، مما يستوجب تعويض المضرور عنها بمبلغ من المال، ليتحقق بذلك رفع الضرر وإزالة المخالفة كلية، وهو ما نعنى به – بداية – بالتعويض العينى.

❁❁❁

---

(١) راجع: تعريف التعويض العينى فى أول هذا المطلب.

(٢) د. السنهورى، الوسيط، آثار الالتزام ج٢/٢، المرجع السابق، ف ٤٤٠، ص١٠٤٦.

المطلب الثانى

تمييز التعويض العينى عما يشتبه به

تمهيد وتقسيم:-

علمنا فيما سبق أن التعويض العينى عبارة عن إصلاح الضرر ومحو آثاره- ولو فى المستقبل فقط، وإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الخطأ الذى سبب الضرر للغير. بيد أن إعادة الحال هذه يمكن الوصول إليها لو قام المدين بتنفيذ التزامه عينا، حيث يعتبر التنفيذ العينى، أى تنفيذ عين ما التزم به المدين، بمثابة إصلاح لضرر يمكن حدوثه مستقبلا من جراء عدم التنفيذ، مما يجعل التنفيذ العينى والتعويض العينى يتلاقيان فى النتيجة النهائية، وهذا ما حدا بالبعض إلى التعبير بأحدهما مكان الآخر [1]، بل إن الدكتور السنهورى لا يقيم أية تفرقة بين التنفيذ العينى والتعويض العينى، فما هما إلا لفظين مترادفين لمعنى واحد[2]، كما ذهبت محكمة النقض المصرية إلى الخلط التام بين اللفظين، حيث قضت بمسئولية المقاول والمهندس عن الخلل الذى يظهر فى البناء ويجعل هدمه أمرا لا مفر منه، إذ قررت « أن التعويض كما يكون عن ضرر حال، فإنه يكون أيضا عن ضرر مستقبل متى كان محقق الوقوع، فإذا كانت محكمة الموضوع قد انتهت فى حدود سلطتها التقديرية إلى أن هدم

---

(١) د. رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص٣٩٣ حيث يقول سيادته التعويض العينى (التنفيذ العينى) دون تفرقة، وانظر كذلك: د. إسماعيل غانم فى نقد التفرقة بين المصطلحين، المرجع السابق، ف٢٦، ص٤٣.

(٢) د. السنهورى، الوسيط، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ف٦٤٣، ص٩٦٦.

المبنى أمر محتم ولا محيص عنه، فإنه لا وجه لتضرر الطاعن من تقرير التعويض على أساس هدم المنزل وإعادة بنائه لإصلاح عيب فى أساس المبنى، وهو ما كان يقتضيه الحكم بالتنفيذ العينى. [1]

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى نجد أن التعويض العينى قد لا يكون كافيا لجبر الضرر، فيحكم به لإزالة آثاره بالنسبة للمستقبل فقط، كما لو كان التعويض العينى عبارة عن إجراء مناسب للضرر الذى وقع، كالحكم بنشر الحكم الصادر بإدانة المتهم فى واقعة السب والقذف، وذلك على نفقته الخاصة، أو بتكليفه بالاعتذار للمجنى عليه فى ذات الصحيفة التى شُهِّر به فيها[2] وفى هذه الحالة نجد أن التعويض العينى ما هو إلا تعويض بمقابل غير نقدى، قد يتمثل هذا المقابل فى إدخال قيمة فى ذمة المتضرر تعادل القيمة التى فقدها[3] أو يتمثل فى إزالة الضرر عينا دون حاجة إلى النظر فى هذا التعادل بين القيمتين، مما يثير التساؤل عن طبيعة هذا المقابل غير النقدى، وهل هو فى كل الأحوال تعويض عينى أم أنه تعويض عينى بالإضافة إلى كونه تعويض آخر غير عينى، أو على حد تعبير أحد الفقهاء[4] بأنه تعويض لا هو بالعينى، لأنه لا يعيد الحالة

---

(١) نقض مدنى فى ١٩٦٥/٧/١٠ (مشار إليه: د. سليمان مرقص، المسئولية المدنية فى تقنينات البلاد العربية، القسم الأول، مطبعة الجبلاوى، القاهرة، ١٩٧١، ص١٣٣)، نقض مدنى فى ١٩٥٢/١٢/١٨ (مجموع أحكام النقض سنة ٤ ق، ص٢٠٧ رقم ٣٣).

(٢) د. على حسين نجيدة، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الثقافة العربية، القاهرة، ط٢، ٢٠٠١، ص٣٨٣.

(٣) د. عبد الحى حجازى، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، القاهرة ١٩٥٤، ف١٤٠، ص٦٧.

(٤) د. جلال العدوى، المرجع السابق، ص٤٨٨.

إلى ما كانت عليه، ولا هو بالنقدى لأنه ليس مقدرا بالنقود، وهذا ما يتضح لنا من نص المادة ٢/١٧١ مدنى. والتى أجازت للقاضى أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع وذلك على سبيل التعويض. وبناء على هذا الخلط بين التعويض العينى والتعويض غير النقدى[١] كان لزاما علينا أن نوضح الفارق بينهما، كما هو الحال تماما فى ضرورة إيجاد التفرقة بين التعويض العينى والتنفيذ العينى - كما سبق - وهو ما نفرد له الفرعين التاليين على النحو التالى:-

الفرع الأول:- التعويض العينى والتنفيذ العينى:-

فى العرض السابق عرفنا أن البعض من الفقهاء قد خلط بين التعويض العينى والتنفيذ العينى، والحقيقة أن هذا الخلط كان فى جهتين، الأولى هى أن مصطلح التنفيذ العينى يرادف مصطلح التعويض العينى، وأنه ليس فى أحد الاصطلاحات إلا تعبير عن الآخر[٢]. والثانية من حيث نطاق كل منهما على نحو استعمال أحدهما مكان الآخر، حيث ذهب رأى إلى توسيع نطاق التعويض العينى على حساب التنفيذ العينى، إذ يعطى أصحاب هذا الرأى لفكرة التعويض العينى مدلولا واسعا يستغرق التنفيذ العينى للالتزام

---

(١) حيث سبق أن بعض الفقهاء اعتبر التعويض نوعان هما: التعويض النقدى والتعويض العينى، بينما ذهب آخرون إلى أن التعويض ثلاثة، حيث أضافوا لهذين النوعين التعويض غير النقدى.

(٢) راجع: تردد الدكتور السنهورى فى هذا الشأن (الوسيط، مصادر الالتزام المرجع السابق، ف٦٤٣، صـ١٣٥٣. وأيضا آثار الالتزام، المرجع السابق، ف٤٤٠، ص١٠٤٥) وانظر كذلك: د. عبد الحميد الشواربى وعز الدين الديناصورى، المسئولية المدنية فى ضوء الفقه والقضاء، القاهرة ١٩٨٨، ص١٠٣٦، وأيضا: الخلط الذى وقع فيه د. إبراهيم الدسوقى أبو الليل، المرجع السابق، ص١٢٢.

جبرا على المدين، بخلاف ما إذا كان التنفيذ العينى اختيارا، حيث يبقى فى نطاق التنفيذ لا التعويض. فى حين ذهب رأى آخر إلى العكس من ذلك وأن التنفيذ العينى يتسع – إلى حد بعيد– ليستغرق التعويض العينى، حيث أن التعويض العينى قد يكون تعويضا غير نقدى (تعويضا بمقابل)، وقد يكون تعويضا عينيا بحتا، والتعويض بمقابل هو تنفيذ عينى يحصل به الدائن على عين حقه بطرق أخرى غير قهر المدين على التنفيذ، كتنفيذ الالتزام على نفقة المدين (م٢١٢ مدنى) وإزالة ما أجراه المدين بالمخالفة لالتزامه[1]، وقد أصبح هذا الخلط بين الفكرتين شائعا، وهو ما حدا بالبعض إلى القول بأن مبدأ التمييز بين هاتين الفكرتين يكتنفه الغموض مما جعله يمثل مجالا واسعا فى الفقه. [2]

ومع هذا الخلط الواضح بين التنفيذ العينى والتعويض العينى، فإن الفرق بينهما ما زال قائما، ذلك أن التعويض العينى عبارة عن نظام متميز ومستقل عن التنفيذ العينى، وأن الخلط بينهما ما هو إلا تلاعب بالألفاظ إذ أن التنفيذ العينى يمحو أو يزيل الضرر الذى كان سينجم عن الإخلال بالالتزام، بحيث يؤدى إلى إعادة الدائن إلى الوضع الذى كان عليه، على حين تجد أن التعويض العينى لا يرفع الضرر، ولكن إعادة الحال إلى ما كان عليه ناجم عن طريق تقديم بديل للدائن عن عدم التنفيذ الفعلى. بحيث يكون هذا البديل كافيا، كتقديم شئ مماثل لما التزم المدين برده، أو شافيا، كإصلاح الشئ

---

(١) راجع ذلك تفصيلا: د. محمود جمال الدين زكى، مشكلات المسئولية المدنية، المرجع السابق، ص٦١ وما بعدها.، د. أكثم الخولى، التعويض العينى، مشار إليه: م / أحمد الحمادى. المرجع السابق، ص٢٤٧.

(٢) د. محمود جمال الدين زكي، المرجع لسابق ص٦٠.

الذى أعطبه المدين بخطئه، فيعد هذا وذاك تعويضا عينيا، لأن الدائن فى ذلك لا يحصل على عين حقه، وإنما على بديل عنه، ولو كان يفضله، إلا أنه لا يعدو أن يكون بديلا، ومعنى ذلك فإن التنفيذ العينى، يوفر للدائن عينا هى محل حقه، بينما لا يوفر له التعويض العينى سوى بديل عنه ولو كان مشابها له تماما. (١)

ونظرا لهذا الطابع المتميز للتعويض العينى فإن الدكتور السنهورى الذى خلط بين المصطلحين – قد اعترف باستقلال التعويض العينى عن التنفيذ العينى وأن الفرق بينهما لا يزال قائما – بالرغم من هذا الخلط – حيث يرى سيادته أن الفرق بين التنفيذ العينى والتعويض العينى هو أن الأول يكون قبل وقوع الإخلال بالالتزام فيكون هناك تنفيذ عينى للالتزام عن طريق عدم الإخلال به، أما الثانى فيكون بعد وقوع الإخلال بالالتزام، فإزالة المخالفة تكون هى التعويض العينى.(٢)

بل إن أشد المدافعين عن الخلط بين هاتين الفكرتين قد ساق لنا – وهو بصدد هذا الدفاع – فارقا هاما بين التنفيذ العينى والتعويض العينى، حيث يتمثل هذا الفارق فى كيفية الإثبات في كل منهما، ففى حالة المطالبة بالتنفيذ العينى نجد أن الدائن يقع عليه عبء إثبات مصدر الالتزام، فإذا ادعى المدين أنه قد نفذه فعليه هو أن يثبت ذلك وإلا حكم عليه بالتنفيذ العينى، أما إذا كان الدائن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر من جراء الإخلال بالالتزام، فيكون هو الذى يدعى عدم التنفيذ فيتعين عليه إثباته، دون حاجة إلى أية إثبات من

---

(١) راجع فى ذلك / د. محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، ص٦١ وما بعدها، د. طلبة وهبة خطاب، المرجع السابق، ص٦٦.

(٢) د. السنهورى، آثار الالتزام، المرجع السابق، ف٤٤٠، ص١٠٤٥.

جانب المدين، ويعنى ذلك أنه فى التنفيذ العينى يكون على المدين إثبات القيام به وإلا حكم عليه بالتعويض، بينما لا يكون فى التعويض العينى إلا إثبات الدائن عملية الإخلال التى استوجبت التعويض.(١)

وبهذا يتضح الفارق بين التنفيذ العينى والتعويض العينى. فالتنفيذ العينى يعتبر الطريق الطبيعى لتنفيذ الالتزام، خاصة إذا كان هذا الالتزام عقديا. أما التعويض العينى فهو جزاء لتحقيق المسئولية، وطريق استثنائي من طرق تعويض الضرر، فإذا كان التنفيذ العينى هو الأصل فى المسئولية العقدية، فعلى النقيض من ذلك لا يكون لهذا الضرب من التنفيذ إلا منزلة الاستثناء فى نطاق المسئولية التقصيرية، فالتعويض العينى هو القاعدة العامة فى المسئولية التقصيرية.

وقد أكدت محكمة النقض فى حكم لها على وجود الفارق بين التعويض العينى والتنفيذ العينى، بالرغم من أنها – فى بعض أحكامها كما سبق – لم تر فارقا بينهما، حيث قضت بشأن التنفيذ العينى بأن « مؤدى النص فى المادتين ١/٢٠٣، ٢١٥ من القانون المدنى، وعلى ما يبين من المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد هو تنفيذ الالتزام تنفيذا عينيا ولا يصار إلى عوضه، أى التنفيذ بطريق التعويض، إلا إذا استحال التنفيذ العينى. فإذا لجأ الدائن إلى طلب التعويض وعرض المدين القيام بتنفيذ التزامه عينا متى كان ذلك ممكنا، فلا يجوز للدائن أن يرفض هذا العرض، لأن

(١) د. إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص٤٣.

التعويض ليس التزاما تخيريا أو بدليا بجانب التنفيذ العينى »[1] وهذا اعتراف واضح بأن التنفيذ العينى مغاير تماما للتعويض العينى عموما سواء كان عينيا أو بمقابل.

وإذا كنا نؤيد مثل هذه المحاولة فى التفرقة بين التعويض العينى والتنفيذ العينى، إلا أننا لا نؤيد ما آلت إليه من نتائج، إذ من الواضح أن هذه الآراء تميل إلى اعتبار التعويض العينى استثناء من التنفيذ العينى تارة، وتارة أخرى اعتباره جزاء الاخلال بالالتزام دون تفرقة بين ما إذا كان الالتزام قياما بعمل أو امتناعا عن عمل . إلا أن المتيقن هو أن الأثر المترتب على الاخلال بالالتزام هو اجبار الميدن على تنفيذ التزامه، متى كان ذلك ممكنا، فإذا كان هذا الالتزام التزاما بعمل فإن الاخلال بهذا التزام الايجابى يتمثل فى عدم تنفيذ العمل، أما انتهاك الالتزام السلبي – الامتناع عن عمل– فإنه يتمثل فى تنفيذ العمل الذى تعهد المدين بعدم القيام به.

ويثار التساؤل عن طبيعة هذا الأثر وهل هو تنفيذ عينى أم هو تعويض عينى ؟ غير أن الاجابة عن هذا التساؤل تختلف تبعا لما إذا كان الالتزام بعمل أو بالامتناع عن عمل .

فإذا كان الالتزام بعمل فإن الدائن يستوفى دينه عينا من المدين، فإن لم ينفذ المدين ما التزم به أجبر على ذلك وفقا لقواعد التنفيذ العينى الجبرى[2]، متى كان ذلك ممكنا. فإن كان تنفيذ هذا الالتزام مستحيلا، فإن اللجوء على التعويض هو الذى يصار إليه، حيث

---

(١) نقض مدنى جلسة ١٩٧٩/٦/٢٠ (طعن رقم ٣٦٤ سنة ٤٦ ق). مشار إليه فى الموجز فى النظرية العامة للالتزام، د. عبد الودود يحيى، المرجع السابق، ص٣٧٩، هامش (٢).

(٢) م ٢٠٣/ مدنى.

تعطى فكرة استحالة التنفيذ مكانا واسعا لقيام المسئولية الموجبة للتعويض(١). وغنى عن البيان أن عدم الاستحالة لتنفيذ التزام المدين يجعل من تنفيذه عينا جبرا عنه مجالا رحبا إذا لم تكن شخصية المدين محل اعتبار، فإن كانت كذلك فلا مناص من اللجوء إلى التعويض حينئذ.

أما فى حالة الإخلال بالالتزام إذا كان امتناع عن عمل، فإن الالتزام بالتعويض عن كل مخالفة - كهذا - ينشأ بمجرد اتيان العمل الممنوع . وإن كان الغالب فى هذه الحالة أن يكون التعويض نقديا، لأنه لا يمكن الرجوع فى العمل الممنوع، كما هو الحال بالنسبة لافشاء الطبيب أو المحامى سر المهنة، وكما لو كان المفروض على الدائن الامتناع عن عمل ما فى مدة معنية فقام بالاخلال اثناءها. غير أنه من المتصور أن يكون التعويض فى الحالة الأخيرة عينيا، متى كان ممكنا، وذلك بإزالة المخالفة جبرا عن المدين، أو بمنعه من الاستمرار فيها(٢) وبهذا يتضح لنا أهمية تحديد ما يطالب به الدائن. أهو تنفيذ عينى أم تعويض عينى، ويمكن إيجاز ذلك وفقا للمعايير الآتية:-

١- تكون أمام تنفيذ عينى اختيارى فى حالتين : الأولى هى حالة تنفيذ المدين لالتزامه الايجابى طوعا واختيارا، والثانية هى حالة امتناع المدين عن الاضرار بالدائن فى الالتزام السلبى ؛

---

(١) د. السنهورى، مصادر الحق فى الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، المجلد الأول، ج٣، محل العقد، دار الفكر العربى ١٩٥٣، ص١١ وما بعدها.

(٢) راجع فى ذلك تفصيلا: نصير صبار لفتة، المرجع السابق، ص ٨٢ ومابعدها.

لأن التنفيذ العينى فى الالتزامات القانونية هو عدم الاضرار بالآخرين.

٢- نكون أمام تنفيذ عينى جبرى فى حالة امتناع المدين عن تنفيذ التزامه الايجابى، مع عدم استحالة التنفيذ حينئذ، وفى هذه الحالة فإنه يجوز للدائن أن يستأذن المحكمة فى التنفيذ على نفقة المدين، بل له فى حالة الاستعجال أن يقوم هو أو يكلف شخص آخر بالتنفيذ على نفقة المدين دون استئذان المحكمة[١]، وفى هذا الحالة فإن التزام المدين بدفع النفقات إنما هو من قبيل التنفيذ العينى الجبرى. إذ أن ماهية الالتزام تتمثل فيما يحصل عليه الدائن من فوائد أكثر من ظهورها فيما يقدمه المدين.

٣- نكون أمام تعويض عينى فى حالة إزالة المخالفة الناتجة عن الاخلال بالالتزام السلبى، بشرط أن ينشئ الاخلال بالالتزام – حينئذ– حالة مستمرة، وذلك لسببين: أولهما: أن التعويض يبدأ من لحظة الاخلال بالالتزام، ثانيهما: أن فى حالة إزالة المخالفة فإن الدائن لن يحصل على عين حقه، لأن المخالفة وقعت ومسه ضرر من ذلك، بمعنى انتهاك حرمة الحق. لذلك كان لابد من إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الضرر، كما هو الحال بالنسبة لعدم المنافسة وهدم الجدار الضار . وبناء على هذه الحالة الأخيرة فقد ثار جدل فقهى حول مدى إمكانية حلول التعويض العينى محل التنفيذ عند عدم تنفيذ الالتزام الأصلى فى الالتزام بالامتناع عن عمل، بين من يرى حلوله مع بقاء التأمينات التى تضمن

---

(١) م ١٢١ مدنى.

الالتزام الأصلي، إذ لا يعد التعويض التزاما جديدا حل محل القديم، وبين من يرى أن التعويض فى هذه الحالة لا يحل محل التنفيذ الأصلي إذ لا يعتبر إلتزاما بدليا أو تخيير للالتزام الأصلي. [١]

ونحن نرى بدورنا أن أساس التعويض العينى هو الالتزام الأصلى، ومن ثم فإنه يحل محله بقوة القانون، مع بقاء الضمانات والتأمينات التى كانت تضمن الالتزام الأصلى، ومن ثم نرى رجحان الرأى الأول فى ذلك الجدل الفقهى القيم.

الفرع الثانى : التعويض العينى والتعويض غير النقدى

يقصد بالتعويض غير النقدى هو أن تأمر المحكمة بأداء أمر معين على سبيل التعويض، وبعبارة أخرى فى صورة إجراء آخر مناسب لإزالة الضرر غير الحكم بالنقود[٢]، ويثور التساؤل عن طبيعة هذا التعويض، حيث يرى البعض[٣] أن التعويض بمقابل غير نقدى لا يكون سوى صنف من أصناف التعويض العينى، والذى يكون الهدف منه تأكيد المنفعة للمتضرر، وذلك لأن إجراءات التعويض بمقابل غير النقدى تدور فى مصدر الضرر نفسه، مثل نشر تكذيب للقذف والسب فى ذات الصحيفة المشهر فيها بالمضرور، أو تبديل المادة التالفة بغيرها صالحة، ويعد

---

(١) راجع فى ذلك تفصيلا : د. أنور سلطان ، المرجع السابق، ص ٦٨ . د. محمد شكرى سرور، موجز النظرية العامة للالتزامات ، ط١ القاهرة ١٩٨٥، ص ٣٨. د. السنهورى الوسيط ، ج٢، ص ٧٦٣. د. عبدالودود يحيى ، المرجع السابق ، أحكام الالتزام ، ص ٣٣، د. عبدالمنعم البدراوى المرجع السابق ،ص٥٠.

(٢) د. جميل الشرقاوى، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، القاهرة ١٩٨١، ص٥٠٦.

(٣) د. إبراهيم الدسوقى أبو الليل، المرجع السابق، ص٧١ وما بعدها. وانظر كذلك – سابقا – كل الفقهاء الذين قسموا التعويض إلى نوعين، نقدى وعينى.

المقابل غير النقدى – وفقا لهذا – أكثر منفعة للمتضرر من الناحية العملية، فضلا عن كونه مجرد إجراء للتعويض العينى، فمثلا تغيير الشئ التالف يستوجب الكثير من الضمانات للحصول على منفعة كاملة للمتضرر، أكثر من تعويضه الحقيقى من المسئول بإصلاحه مثلا.

ووفقا لهذا الرأى نجد أن التعويض لا يكون له سوى نوعين: التعويض العينى، والتعويض النقدى، ويكون التمييز بين التعويض العينى والتعويض غير النقدى عديم الفائدة، فالتعويض العينى هنا إما أن ينصب على عين الشئ – بإصلاحه –، أو على عين أخرى مماثلة لهذا الشئ، فالمقصود دائما فى هذا التعويض – ووفقا لهذا الرأى – شئ آخر غير النقود. وبناء عليه فإن معيار التفرقة بين التعويض العينى والتعويض النقدى إنما ينصب فى محو الضرر وإزالته، فحيث يمكن الوصول إلى ذلك بغير نقود فإننا نكون أمام تعويض عينى – أيا كانت صورته –. أما إذا كان ذلك مستحيلا، كما فى حالة التعويض عن الضرر الأدبى، فإن الحكم بأداء مبلغ من النقود يكون مؤهلا للتعويض العينى، بل الحكم بالنقود فى هذه الحالة يمثل منفعة كبيرة للمتضرر من أن تكون مجرد تعويض عينى.

بيد أن البعض الآخر من الفقهاء[1] يؤكد أن التعويض غير النقدى هذا إنما هو وسط بين التعويض النقدى والتعويض العينى،

---

(١) د. جلال العدوى، المرجع السابق، ص٤٨٨. وأيضا : مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى، ج٢، ص٣٩٧. وانظر كذلك – سابقا – من قسم التعريف إلى ثلاثة أنواع : نقدى، وغير نقدى، وعينى. وهو الراجح من وجهة نظرنا على الأقل.

فلا هو بالعينى لأنه لا يعيد الحالة إلى ما كانت عليه قبل الخطأ – بل يعيد مثلها –، ولا هو بالنقدى لأنه ليس مقدرا بالنقود، وهو ما قصدته المادة ٢/١٧١ صراحة عندما نصت على أنه « يجوز للقاضى أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع وذلك على سبيل التعويض » وهو بذلك قد يكون أنسب ما تقتضيه الظروف فى بعض الأحيان. وقد يكون من مصلحة المضرور أن يطالب بتعويض غير نقدى، كما هو الحال فى فترات الأزمات الاقتصادية المحدقة، إذ لا يستطيع المضرور أن يحصل على مثل الشئ الذى أصابه الضرر بالمبلغ الذى يدفع له على أنه تعويض.

هذا فضلا على أن للقضاء الحكم بالتعويض النقدى – فضلا عن التعويض غير النقدى – وذلك عن الأضرار التى لا يكفى التعويض غير النقدى لجبرها. (١)

ومن أمثلة التعويض غير النقدى – وفقا لهذا الرأى – أن يحكم القاضى لصاحب السيارة التى أصابها تلف كلى بخطأ الغير بسيارة مشابهة من حيث النوع والحالة، أو تأمر المحكمة صاحب المدخنة بتعليتها بصورة يزول معها الضرر الذى يلحق بالجار. أما الحكم بإزالة المدخنة كلية، فإنه يمحو الضرر عينا، ويعد هذا تعويضا عينيا. وغالب الظن أن التعويض غير النقدى إنما يلجأ إليه القاضى إذا كان التعويض النقدى لا يكفى لتعويض المتضرر تعويضا كافيا مجزيا حتى ولو كان التعويض العينى – الذى يعنى محو الضرر وإزالته – ممكنا، إذ قد يكون التعويض غير النقدى هو الأنسب والأكثر نفعا للمتضرر.

---

(١) د. جميل الشرقاوى، المرجع السابق، ص٥٠٦.

وبناء على ذلك فإن التعويض بمقابل غير نقدى يشتمل على شئ آخر غير مبلغ من النقود دون الوصول إلى حد إزالة الضرر، كالحكم بصحة ونفاذ عقد البيع ليتم التسجيل وانتقال الملكية فى العقارات، وفسخ العقد لتأخر المدين فى تنفيذ التزاماته أو امتناعه عن التنفيذ. فهو تعويض بشئ مماثل، لا هو بالنقدى، ولا هو بإصلاح الشئ نفسه وإزالة الضرر عنه. وإن كنت أرى أنه إذا كان الأمر متعلقا بإتلاف أموال مثلية، فإن تعويض المتضرر بأشياء مثلية من حيث النوع والمقدار إنما يعد تعويضا عينيا، أما إذا تعلق الأمر بأشياء قيمية، فإن التعويض عنها بأشياء قيمية من حيث النوع، إنما يعد تعويضا بمقابل غير نقدى.

ونخلص فى النهاية إلى أنه إذا كان التعويض العينى ليس سوى تعويض غير نقدى، أى التعويض بشئ آخر غير النقود، أو ما يسمى بالترضية العينية، فإن هذه الترضية قد تكون عينا وقد تكون بمقابل غير نقدى، وهو ما كان لزاما علينا أن نوجد الفرق بينهما على نحو ما ذكرت.

وغنى عن البيان أنه لا يوجد خلط بين التعويض العينى – وفقا لمعناه السابق – والتعويض النقدى، ولا يكون ذلك إلا إذا كان التعويض العينى بترخيص من القضاء على نفقة المسئول (م٢٠٥/٢ مدنى) حيث يوجد خلط فى هذه الحالة، وهل هو تعويض عينى – باعتبار إزالة الضرر –، أم نقدى – باعتبار المبلغ المنفق لإعادة الحالة –، إلا أن الفصل بينهما – حتى فى هذه الحالة – ممكن فى كل الأحوال، ومن ثم لا توجد ضرورة للتفصيل فى التمييز بينهما فى هذه الصورة، حيث ما زال الفصل بينهما ممكنا دون خلط، فمن اعتد بالحكم النهائى اعتبر ذلك تعويضا

عينيا، ومن اعتد ببداية الأمر عد ذلك تعويضا نقديا، ومن ثم لا تثور أية مشكلة في هذا الشأن. وإن كنت أرى أن التعويض في هذه الحالة إنما هو تعويض عيني، باعتبار أنه يؤدي إلى حصول الدائن على عين ما التزم به المدين. ولا يكون نقديا إلا إذا كان هناك حكم بمبلغ معين ومقدر للتعويض، سواء كان كافيا للحصول على عين ما التزم به المدين أو يقل أو يزيد، باعتباره مبلغا من النقود ينفق منه المتضرر لإعادة الحالة دون أن يكون له الحق في الحصول على شئ آخر.

ويلاحظ أن التعويض النقدي وإن لم يكن هو الطريق الأكثر ملائمة لإعادة المتضرر إلى الحالة التي كان عليها قبل حدوث الضرر، وبالتالي لا يتحقق معه الجبر الكامل للضرر الذي أصاب المتضرر، إلا أنه الأكثر شيوعا أمام صعوبة اللجوء إلى التعويض العيني والتعويض غير النقدي في الكثير من الحالات، باعتبار أن النقود يمكنها أن تحل محل كل شيء، كما أن الأشكال المتعددة للتعويض العيني تتباين فيما بينها من وجهة النظر الخاصة بدرجة تأثير ذلك على الضرر نفسه، ويبقى الاصلاح دائما هو الهدف المنشود لكل تعويض، وينبغي أن نقر بوجود سلسلة من التعويضات العينية مارة بفوارق محسوسة للإجراءات مقتربة من التعويض النقدي، فإذا كان التعويض هو المعول عليه بداية، فإن الاصلاح هو المنشود نهاية.[1]

وبهذا يتضح الفارق بين التعويض العيني، وما قد يختلط به من أفكار قانونية مشابهة، ليستقيم لنا معناه ويتحدد مفهومه، والذي يمكن تحديده بناء على ذلك بأنه " هو التعويض غير النقدي الذي

---

(١) أ/ نصير صبار لفتة المرجع السابق، ص ١٠٢.

يحكم به لمهاجمة مصدر الضرر أو مادته مباشرة، وذلك بإزالة المخالفة عينا، أو منع استمرار الضرر مستقبلا، ويكون اكثر تكاملا لطبيعة الضرر من التعويض النقدي " ومن ثم ننتقل لنتعرف على أنواعه، ونطاقه، وسلطة القاضى إزاءه، وهو ما نعرض له تباعا فى المباحث التالية.

۞۞۞

المبحث الثانى
أنواع التعويض العينى

تثير التطبيقات العملية كثيرا من أحكام التعويض العينى، وتتعدد أنواعه وفقا لهذه الأحكام، إذ أن كل مخالفة للالتزام تثير مشكلة نوع من التعويض، وعن طريق ضبط القواعد وتوحيد الأحكام تبين لنا أن التعويض العينى – الذى تثيره التطبيقات العملية – يمكن أن يتنوع إلى نوعين، التعويض العينى المادى، والتعويض العينى الأدبى. والهدف من بيان أنواع التعويض العينى يكمن فى تحديد الحدود المناسبة لفكرة التعويض العينى، وذلك بفصله عن بقية أنوع التعويض الأخرى المؤكد لجبر الضرر، وتكييف الأحكام القضائية لإبراز فكرة التعويض العينى وعلة وجودها فى كل حالة من حالات التطبيق العملى لها.

ولهذا فإننا نقسم هذا المبحث إلى مطلبين رئيسيين على النحو التالى:-

المطلب الأول:- التعويض العينى المادى:-

يظهر هذا النوع من التعويض العينى بوضوح فى إطار الالتزام بعمل أو الامتناع عن عمل، وذلك عن طريق الضرر المادى الناجم عن المخالفة فى هذا الشأن، ولما كان ذلك يشمل إطارا عاما متسعا، فإننا سوف نوضحه عبر فرضيات -محددة تخصه، ففضلا عن الإصلاح المادى لمشكلات الجوار – والتى وضحت منها جانبا سابقا – نجد أن أحكام المسئولية قد تسوقنا إلى ضرورة هذا الإصلاح المادى، فى ظل فرضيات تتعلق بالتعويض العينى، بالإضافة إلى ما ذكره الفقه الإسلامى والقانونى على حد

سواء بالنسبة لإصلاح الضرر الجسدى. ولهذا فإننا سنتناول هذا المطلب فى الفرعين الآتيين:-

الفرع الأول:- أحكام المسئولية الموجبة للتعويض العينى المادى:-

من الملاحظ أنه فى حالة الاستقرار النقدى وزيادة الأموال فى السوق فإننا نجد أن المتضرر لا يميل إلى التعويض النقدى بقدر تعويضه بمادة الشئ التالف، وذلك على الرغم من أن التعويض يمثل دائماً منفعة للمتضرر إلا أنه يفضل - فى ظل الاستقرار النقدى - استبدال الشئ التالف تجنبا لتقدير نقدى قد لا يكفى لجبر الضرر كاملا. ففى ظل الالتزام بعمل، يلتزم المدين بالقيام بالعمل المتفق عليه، وبنفس الطريقة التى تم الاتفاق عليها بين الطرفين، وسواء كان هذا الالتزام بتحقيق نتيجة أم ببذل عناية، فإنه يتم تنفيذه عينا جبرا عن المدين إذا لم يقم به اختيارا. إلا إذا كانت شخصية المدين محل اعتبار، إذ يستحيل تنفيذه بدون تدخله شخصيا، ومن ثم يمكن التنفيذ حينئذ بمقابل إذا لم يقم المدين مختارا، كما يسمح هنا الالتزام بأن يقوم حكم القاضى مكان عمل المدين. (١)

ووفقا لهذا فإن الملتزم بهذا العمل إذا لم يقم بتنفيذ التزامه على هذا النحو يكون مسئولا عن تعويض المضرور، وفى غالب الأحيان يتمثل هذا التعويض فى الإصلاح المادى للأشياء، كما لو تعهد ناقل بتوصيل البضاعة سالمة، فأصابها تلف من جراء عملية

---

(١) راجع فى ذلك المواد ٢٠٨، ٢٠٩، ٢١٠ من القانون المدنى، وانظر : د. محمود عبد الرحمن، المرجع السابق، ص٧٠، د. أحمد سلامة، مذكرات فى نظرية الالتزام، الكتاب الثانى، أحكام الالتزام، مكتبة عين شمس بدون، فـ١٨ ص٣٥ وما بعدها.

النقل التى أخطأ فيها الناقل، أو قام بنقلها بغير الطريقة المتفق عليها مما أصابها بالتلف. ولهذا ألزم القضاء الفرنسى الناقل بإصلاح المواد التالفة فى عملية النقل، فقد أجاز منذ بداية القرن العشرين ذلك مستندا إلى التزام الناقل بتسليم الشئ إلى مكان الوصول فى حالة جيدة، كما حمل هيئة السكك الحديدية مسئولية إصلاح الأثاث التالف. (١)

وفى عقد الإيجار، رفض القضاء الفرنسى الحكم على المستأجر بإعادة بناء المنزل المؤجر المحروق بسبب خطئه، وذلك استنادا إلى نظرية الإثراء بلا سبب، إذ أن إعادة البناء يكون لصالح المالك، وبناء عليه حكم على المستأجر بدفع الفرق بين قيمة البناء قبل الحريق وبعده، وعلى الرغم من أن المستأجر قد تعهد بإعادة البناء إلى حالته الكاملة فى نهاية الإيجار، فإن القضاء الفرنسى لم يعتد بهذا التعهد، فعقد الإيجار ينتهى بهلاك الشئ المؤجر، ليدفع المستأجر الفرق بين قيمة البناء قبل هلاك البناء المؤجر كليا. (٢)

بيد أن إلزام المستأجر بدفع الفرق بين قيمة البناء قبل الحريق وبعده إنما هو تعويض عينى مادى يتمثل فى إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل الخطأ الذى ارتكبه المستأجر وأدى إلى وقوع الحريق بالمبنى المؤجر، إلا أن الحكم بالإصلاح فى الحالات السابقة إنما يكون حيث يكون هذا الإصلاح ممكنا، فإن أصبحت مادة الإصلاح غير ملائمة للاستعمال فإن عملية الإصلاح تكون

---

(١) راجع فى ذلك تفصيلا : د. جمال الدين زكى، مشكلات المسئولية المدنية، المرجع السابق، ص٥٣ وما بعدها.

(٢) المرجع السابق.

غير مناسبة وذلك للاستحالة العملية. وعليه فإن مبدأ الاستحالة العملية يحول دون التعويض العينى، ويترك للمتضرر حرية الاستفادة من التعويض النقدى.

ويثير الاصلاح المادى صعوبة فيما يتعلق بضمان العيوب الخفية من البائع . لأن المادة ١٦٤٦ من القانون المدنى الفرنسى قد أعطت للمشترى الاختيار بين بقاء العقد أو انقاص الثمن . ولكن هل يستطيع المشترى عند اختيار بقاء العقد أن يطلب اصلاح الشيء المعيب من البائع؟

. فى الإجابة عن هذا التساؤل رأيان : الأول هو ما ذهب إليه القضاء الفرنسي، حيث إنه لم يعط المشترى الحق فى المطالبة بإصلاح الشيء المعيب ، على أساس أن القاضي لا يستطيع زيادة التزامات البائع حسن النية بالاصلاح ، وان يقوم ذلك مقام حقه فى انقاص الثمن . فى حين يرى الثانى أن حق الاصلاح المادى للشيء ينتج عن حق المشترى فى الانتفاع الكامل من الشيء المبيع، بالإضافة إلى أنه يجوز للقاضى أن يحكم على البائع بالاصلاح المادى للشيء المعيب، وذلك عندما يكون سيء النية متعمدا فى اخفاء العيب عن المشترى ، وليس ذلك سوى تطبيق للقواعد العامة[١].

ونحن نرى بدورنا أن القضاء الفرنسى لا يريد أن يفرض على أحد أطراف الالتزام شيئا غريبا عن التزامه الأصلي، لذلك فإن التزام الناقل فى عقد النقل باصلاح المنقولات التالفة أثناء عملية النقل يكون منصوصا عليه ضمن التزام الناقل بتسليم البضاعة بحالة جيدة، كما يطبق هذا المبدأ ايضا عند الحكم على

---

(١) أ/ نصير صبار لفتة ، المرجع السابق ص١٦٠.

المقاول بإصلاح عيوب البناء ، والفكرة نفسها تبرر رفض القضاء الحكم على المستأجر بإعادة البيت المحروق بخطئه ، وعليه فإن مبدأ الاستحالة العملية يحول دون التعويض العينى ، ويترك للمتضرر حرية الاستفادة من التعويض النقدي.

وقد نص المشرع المصرى صراحة على عملية التعويض العينى المادى، حيث نصت المادة ٥٨٠ على أنه « يجوز للمستأجر أن يحدث بالعين المؤجرة تغييرا بدون إذن إلا إذا كان هذا التغيير لا ينشأ عنه أى ضرر للمؤجر. فإذا أحدث المستأجر تغييرا فى العين المؤجرة جاوز ذلك حدود الالتزام فى الفقرة السابقة، جاز إلزامه بإعادة العين إلى الحالة التى كانت عليها وبالتعويض إن كان له مقتضى ».

بيد أن تحديد ضمان المستأجر فى هذه الحالة بإعادة العين المؤجرة إلى الحالة التى كانت عليها إنما هو أقرب إلى العدالة من إطلاق مصطلح الضمان وترك المؤجر تحت رحمة المستأجر فى أن يدفع له تعويض نقدى، أو أن يقبل المؤجر الاستعمال غير المألوف من المستأجر.

كما أن التزام المؤجر بإجراء الصيانة والترميمات الضرورية يكون مجالا واسعا للحكم بالتعويض العينى المادى. حيث يلتزم بإصلاح وترميم ما حدث من خلل فى العين المؤجرة، والذى أدى إلى الإخلال بالمنفعة المقصودة منه، وفى حالة امتناع المؤجر عن هذا الالتزام، كان للمستأجر أن يفسخ العقد، أو أن يطالب بإنقاص الأجرة، أو أن يقوم هو نفسه بهذه الترميمات بإذن المحكمة، ثم يرجع على المؤجر بقيمة ما أنفق وبالقدر المعروف فى هذا الشأن، وله أن يقوم بذلك دون حاجة إلى ترخيص من القضاء فى حالة

الاستعجال، أو إذا كانت الترميمات بسيطة على أن يستوفى المستأجر ما أنفقه خصما من الأجرة[1]. وفى حالة ما إذا كانت هذه الترميمات الضرورية مستحيلة، مما أصبح معه الإصلاح مستحيلا، كما لو كان إجراء ضرورى أن يقوم به المؤجر فى وقت معين، ثم فات هذا الموعد وأصبح الإجراء لا فائدة من القيام به، فليس أمام المستأجر سوى طلب فسخ العقد أو إنقاص الأجرة حسب الأحوال[2]. ويلاحظ أن هذه الأحكام ليست سوى تطبيق للقواعد العامة.

ويعتبر التعويض العينى المادى المتمثل فى الإصلاح المادى للأشياء أكثر وضوحا فى حالتى الضمان للعيوب الخفية وضمان الاستحقاق الجزئى. إذ يلتزم البائع بإصلاح عيوب الشئ – متى توافرت شروط ضمانه – وذلك وفقا لأحكام المادة ٤٤٧ مدنى، وخاصة إذا كان هذا البائع قد أكد للمشترى خلو المبيع، أو أخفى العيب غشا منه، حيث يكون للمشترى فى هذه الحالة أن يطالب بالتنفيذ العينى وفقا للقواعد العامة إذا كان ممكنا، ويكون ذلك فى صورة إصلاح العيب أو الحصول على شئ سليم، وله فضلا عن ذلك طلب فسخ العقد[3]، كما ينطبق هذا الحكم بالنسبة لحالة الاستحقاق الجزئى، خاصة إذا اختار المشترى استبقاء المبيع، إذ يكون له أن يطالب البائع بالتعويض العينى المادى – إذا كان ممكنا – وذلك لجبر الضرر الحاصل له من عملية الاستحقاق الجزئى،

---

(١) م ٥٦٨ مدنى .

(٢) م ٥٦٩ مدنى.

(٣) د. خميس خضر ، العقود المدنية الكبيرة، ط٢ (١٩٨٤)، دار النهضة العربية ف١٥٦، ص٢٦٢.

هذا فضلا عن حقه فى التعويض كاملا لو اختار رد المبيع وما أفاده منه، حيث يكون له فى هذه الحالة أيضا أن يطالب البائع بمبيع آخر – غير مستحق – أو يطالب بتعويض نقدى، إذا كان التعويض العينى بهذه الصورة غير ممكن.[1]

كما يتمثل التعويض العينى المادى فى أبهى صورة فى حالتى الغصب والإتلاف، حيث يلتزم الغاصب برد المال المغصوب عينا وتسليمه إلى صاحبه فى مكان الغصب إن كان موجودا، وذلك دون إخلال بالتعويض عن الأضرار الأخرى متى وجدت، ويترتب على ذلك إلزام الغاصب بالرد عينا وإصلاح المغصوب وإعادته إلى الحالة التى كان عليها قبل وقوع فعل الغصب، وليس ذلك سوى تطبيق للقاعدة العامة فى التعويض، وأن كل فعل سبب ضررا للغير، يلزم من ارتكبه بالتعويض.[2]

وبهذا يتضح أن التعويض العينى المادى، والمتمثل فى إعادة الحالة إلى ما كانت عليه، فى كل حالة يكون فيها هذا التعويض ممكنا، هو الغالب، باعتبار أنه يزيل الضرر كلية ويعمل على إزالته، سواء كانت المخالفة نتيجة الالتزام بعمل أو الامتناع عن عمل، وسواء كنا أمام مسئولية عقدية أو مسئولية تقصيرية، على نحو ما سبق.

❁❁❁

(١) م٤٤٤ مدنى، . خميس خضر، المرجع السابق ف١٤٢، ص٢٤٧.

(٢) م ١٦٣ مدنى، وانظر فى ذلك تفصيلا : المستشار/ أنور العمروسى، المرجع السابق، ص٤٦٦ والأحكام التى أشار إليها فى هذا الشأن.

الفرع الثاني:- التعويض العيني والضرر الجسدي:-

يثور التساؤل عما إذا كان التعويض العيني عن الضرر المادي الجسدي ممكنا أم لا ؟[1] غير أنه – بصدد الإجابة عن هذا التساؤل – يتصور – وجود هذا التعويض في حالة التزام المسئول عن الفعل الضار بمعالجة من تضرر في جسمه أو في عقله من جراء فعله، وذلك بأن يتحمل مباشرة نفقات إقامة المتضرر في المستشفى أو مركز طبي متخصص، وذلك طوال المدة التي تقتضيها المعالجة أو العناية أو المراقبة الطبية[2]، وهو ما يصدق على التزام الطبيب أو المستشفى بعلاج مصاب نتيجة لارتكاب فعل ضار – غير مشروع – من الطبيب أو المستشفى، وقد يتمثل هذا التعويض في زراعة الأطراف والأعضاء لمن يفقد شيئا منها نتيجة إصابته في حادث ما. [3]

---

(١) راجع في ذلك تفصيلا : د. محمد صبري الجندي، ضمان الضرر المعنوي الناتج عن فعل ضار، بحث منشور في مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد ٢٦، جامعة اليرموك بالأردن، ١٩٩٩م، ص٥٧٥.

(٢) د. عاطف النقيب، النظرية العامة للمسئولية الناشئة عن الفعل الشخصي، الخطأ والضرر، ط١، بيروت، ١٩٨٣م، ص٣٨٥.

(٣) د. حسام الأهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، مطبعة جامعة عين شمس، ١٩٧٥، ص٦٢ وما بعدها. د. صبحي المحمصاني، المرجع السابق، ص١١٠ وما بعدها.

وانظر : د. حمدي عبد الرحمن، معصومية الجسد، دراسة في المشكلات القانونية للمساس بالجسد، مطبعة جامعة عين شمس، ١٩٧٩، حيث يمثل سيادته الاتجاه المعارض في هذا الشأن راجع في هذه المسألة تفصيلا : د. محمد سعد خليفة، الحق في الحياة وسلامة الجسد، دار النهضة العربية ١٩٩٥ / ١٩٩٦، ص١٠٨وما بعدها.

معنى ذلك أن التعويض العينى المادى عن الضرر الجسدى ممكن، وليس ذلك إلا تطبيقا للقواعد العامة، متى كان ذلك ممكنا، شريطة ألا يلحق ضررا بالمسئول، وإلا كان الحكم بتعويض نقدى هو البديل. غير أن التعويض العينى المادى المتمثل فى زراعة الأطراف والأعضاء يعتمد على نجاح العملية الطبية فى تطبيقه، إذ تقوم هذه الطريقة على إلزام محدث الضرر بإعطاء أو توفير العضو أو الطرف المضرور، ولهذا قيد التعويض العينى المادى فى هذه الحالة بعدة قيود وضوابط، ما كان جائزا إلا إذ توافرت هذه الشروط وهى:-

١- كون الاعتداء على الكيان الجسدى عمدا، إذ لا مجال للمطالبة بهذا الشكل من التعويض فى الأضرار الجسدية التى تقع بطريق الخطأ.

٢- مطالبة المتضرر بهذا النوع من التعويض، فلا يحكم به القاضى من تلقاء نفسه - كقاعدة عامة -.

٣- التماثل بين عضو المسئول والمتضرر من ناحية الصحة والمنفعة.

٤- الملاءمة الطبية الجراحية والموثقة بشكل أصولى من الخبير الطبى على المتضرر والمسئول، بما يفيد صلاحية إجراء نزع الأعضاء البشرية وزرعها فى جسديهما، فإن كانت هذه العملية محمودة العواقب أتمها، وإلا فلا.

٥- يتحمل المسئول عن الضرر تكاليف إجراء هذه العمليات، كما يسقط حق المتضرر فى المطالبة بالتعويض النقدى حال فشل عملية النقل أو الزرع. (١)

---

(١) راجع فى ذلك تفصيلا : د. شوقى عمر أبو خطوة، القانون الجنائى والطب الحديث، دراسة تحليلية مقارنة لمشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية، ط٢، مطبعة جامعة المنصورة، ١٩٩٤م، ص٢٤.

ولقد شجع التطور المذهل والسريع فى عمليات زرع الأعضاء البشرية المحاكم، على الحكم بالتعويض العينى لإصلاح الضرر المادى الجسدى. فقد جاء فى قرار للمحكمة العليا فى ألمانيا أنه « يقضى بالتعويض للمتضرر بأن يرد الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الضرر، فى حالات الاعتداء العمدى على الكيان الجسدى، وكان بالإمكان طبيا، إذا خلا الأمر من خطورة حقيقية على المسئول والمتضرر »[1]. كما حكم القضاء الألمانى فى قضية ملخصها: قيام أحد الأشخاص بضرب الآخر على عينه مما أحدث بها تمزقا فى شبكية العين، وطالب المتضرر بالتعويض العينى، وتم نقل الشبكية من عين المسئول عن الضرر إلى المتضرر بنجاح تام. كما حكم بنقل وزراعة الكلية من الجانى لإنقاذ المجنى عليه لسبب تعرض الأخير للضرب المتعمد من الجانى. [2]

وإذا كان بالإمكان التعويض العينى عن الأضرار الجسدية المادية، فإن ذلك يتفق مع العقوبة، متى حكم بها كذلك، غير أن الذى يميز التعويض العينى المادى فى هذه الحالة عن العقوبة هو إمكانية تقديم هذه الأعضاء أو الأطراف من غير المسئول وذلك على نفقة المسئول، وهو ما يحدث غالبا، متى كان ذلك ممكنا وجائزا شرعا وقانونا، كما فى حالات نقل أعضاء من المتوفى

---

(١) مشار إليه فى المرجع السابق.

(٢) أشار الدكتور / حسام الأهوانى إلى هـذه الأحكـام، المرجـع الـسابق، ص٦٢.

حديثا، أو المحكوم عليهم بالإعدام، شريطة توافر الشروط القانونية والشرعية لعملية النقل هذه.[1]

وأرى أن هذا النوع من التعويض العينى، متى كان جائزا، يحقق العدالة، ذلك أن الكيفية التى طبق فيها فقهاء المسلمين القصاص فى الأضرار الواقعة على ما دون النفس، تتفق تماما مع ما ذهب إليه فقهاء القانون فى هذا الشأن، بل إن أغلب الشروط التى نص عليها فقهاء القانون لإجازة ذلك مطابقة تماما لتلك التى وضعها فقهاء المسلمين فى هذا الشأن[2]، وإذا كان الأمر فى القصاص يحقق العدالة والزجر والردع، فإن القول بذلك من الناحية القانونية يحقق إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل الإصابة الجسدية، وفى هذا العمل درء للمفسدة التى تلحق بالمتضرر، ولهذا كان التعويض العينى المادى فى هذه الحالة جائزا ومحققا للعدل الذى توخاه فقهاء المسلمين.

غير أنه إذا كان التعويض العينى عن الضرر الجسدى المادى مستحيلا، كما لو اختل أحد الشروط السابقة، فإن المتضرر يعمد إلى المطالبة بتعويض نقدى، ويتحقق ذلك – غالبا – بالنسبة للأعضاء أو الأطراف التى لا يجوز نقلها. فاليد التى قطعت،

---

(١) راجع فى ذلك تفصيلا : د. عبد الحميد الأنصارى، ضوابط نقل وزراعة الأعضاء البشرية فى الشريعة والتشريعات العربية، دراسة مقارنة، ط١، دار الفكر العربى، ٢٠٠٠م، ص٤١ وما بعدها.

(٢) راجع فى ذلك : بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للكسانى، ج٧، ط١، القاهرة، ص٣٠٨ وما بعدها، د. على الخفيف، الضمان فى الفقه الإسلامى، دار الفكر العربى ١٩٩٧م، ص١٩٣ وما بعدها، وانظر كذلك : د. وهبة الزحيلى، الفقه الإسلامى وأدلته، دار الفكر ١٩٩٦م، ج٦، ص٣٥٦ وما بعدها.

والساق التى بترت نتيجة حادث سيارة، أو فعل ضار غير مشروع، لن توصل ولا يمكن إعادتها إلى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر، كما أن العين التى فقئت لن يعود إليها نورها وإبصارها.(١)

ومعنى هذا أن التعويض العينى المادى فى هذه الحالات ليس إلا تعويضا ناقصا، لأن زراعة وتركيب مثل هذه الأطراف والأعضاء لا يؤدى إلى إزالة الضرر وإصلاح الإصابة الجسدية التى لحقت بالمتضرر، كما أن هذه الأعضاء قد تكون قاصرة على أن تؤدى الوظيفة الجسدية للعضو الأصلى المتضرر. ولكن يمكن التغلب على هذه الصعوبة بإجازة الجمع بين إجراء العملية الجراحية للحد من العجز الدائم. باعتبار إزالة الضرر مستقبلا، كتعويض عينى عن الضرر الجسدى، وبين إعطاء المتضرر مبلغا من النقود، كتعويض بدلى عن قصور التعويض العينى المادى عن إزالة الضرر كلية. ويستطيع القاضى أن يستعين بأهل الخبرة من علماء الطب وهو بصدد تقريره لهذا التعويض أو ذاك. (٢)

وبهذا يتضح لنا أن التعويض العينى قد يكون ماديا فى حالات عديدة، لعل أبرزها إمكانية ذلك فى حالتى المسئولية والضرر الجسدى، على نحو ما فصلت، ويبقى التساؤل قائما حول مدى إمكانية التعويض العينى فى صورته الأخرى، وهى التعويض العينى المعنوى، وهو ما سنفرد له المطلب التالى.

---

(١) د. عبد الحى حجازى، النظرية العامة للالتزام، ج١، مصادر الالتزام، مطبعة الفجالة. ١٩٥٣، ص٥٠٦، د. نبيل سعد، المرجع السابق، ص٤٨٢.

(٢) د. عاطف النقيب، المرجع السابق، ص٤٠٥.

المطلب الثانى:- التعويض العينى المعنوى:-

رأينا فيا سبق أن التعويض العينى المادى إنما يكون جبرا لضرر يمكن تقديره، ولذا كان التعويض فيه ماديا، سواء تعلق هذا الضرر بالأشياء أو الأموال أو الكيان الجسدى الذى يقبل التقدير – كما هو الحال فى الأعضاء والأطراف – على نحو ما ذكرت. فإذا كان الضرر يصعب تقديره أو لا يجوز أن يكون قابلا للتقدير فإن التعويض عنه هو الآخر لا يكون خاضعا للتقدير، فجبره حينئذ يكون معنويا بحتا، وهو ما يدعونا إلى معرفة مدى جواز التعويض فى هذه الحالة، إذا كان معنويا، لجبر ضرر غير مادى.

يمكن القول بداية أن الضرر المعنوى، ما هو إلا ضرر لا يصيب المضرور فى ذمته المالية، وإنما يصيبه فى ذمته الأدبية، ولذا فإنه يطلق عليه اصطلاح الضرر الأدبى. فهو إخلال بمصلحة غير مالية، ولهذا فإنه يصعب تقدير تعويض مالى عنه، ولا يزيله هذا التعويض[١] وإنما يقصد به إعطاء المضرور ترضية تخفف عنه الضرر. ذلك أنه يصيب الشخص بخسارة أدبية نتيجة المساس بمعنوياته المتعددة، والتى بتعددها وتنوعها تتعدد صور الضرر وأنواعه. [٢]

فقد يتحقق الضرر الأدبى استقلالا نتيجة الاعتداء على معنويات الأفراد، كالقذف والسب والتشهير، وهذا النوع من الضرر يمس الجانب الاجتماعى للذمة الأدبية. كما قد يتحقق الضرر الأدبى فى الاعتداء على الحقوق اللصيقة بالشخصية،

---

(١) نقض مدنى فى ١٩٩٤/٣/٣٠ (الطعن رقم ٣٦٣٥ لسنة ٥٩ ق) مجلة القضاة، س٢٧، ع١، ص٢٨١.

(٢) د. إبراهيم الدسوقى أبو الليل، المرجع السابق، ص١٣٩.

والتى تتميز بقيمتها الأدبية غير المالية، كالضرر الذى يلحق بالاسم واللقب أو العلامة التجارية. فهذه كلها حقوق معترف بها للشخصية القانونية.

وعلى هذا فإنه يمكن التفرقة فى الضرر الأدبى بين نوعين: الأول: ضرر أدبى يتصل بضرر مادى، كما هو الشأن فى حالة الاعتداء على الشرف والسمعة، وما يترتب على ذلك من فقد المضرور لعمله نتيجة لتلويث سمعته، أو إصابة الجسم فى حادثة يترتب عليها تشويه، يصاحبه نقص فى القدرة على العمل. والثانى: ضرر أدبى مجرد من أى ضرر مادى، كالألم الذى يصيب الوالدين فى عاطفتهما بسبب فقد طفلهما. (١)

ولأن الضرر الأدبى يصيب معنويات الإنسان وقيته غير المالية، فإنه يصعب تقدير التعويض المقابل له، إذ تستعصى نتائجه وآثاره على التقدير المالى، ويتعذر تقييمها بالنقود. إلا أنه يكون مناقضا للمنطق، ومخالفا للضرورات الاجتماعية أن تعجز المسئولية المدنية عن حماية القيم الأدبية غير المالية، على الرغم من أنها هى الأكثر أهمية فى غالب الأحيان، بل والأكثر حاجة للرعاية والحماية لدى الإنسان، بالإضافة إلى أن الفعل الخاطئ - غير المشروع - الذى أحدث هذا الضرر، بالاعتداء على شخصية

---

(١) د. أنور سلطان، المرجع السابق ص٣٤٧، د. حمدى عبد الرحمن، الوسيط، المرجع السابق، ص٥٣٤، وانظر كذلك : د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص٧٧٧، حيث ذكر أن الضرر الأدبى يستتبع ثلاثة أنواع من الآلام، هى الآلام الجسدية، والآلام النفسية، والآلام التى تصيب العاطفة والشعور والحنان، نقض مدنى فى ١٩٨٥/١/١٨(الطعن رقم ١٣٦٨ لسنة ٥٠ ق).

الإنسان وقيمته الأدبية، يمثل – ولا شك – اعتداءً صارخا على روح القانون والشعور به لدى المتضرر وغيره. [1]

لهذا فقد احتل الضرر الأدبى مكانا خاصا فى نظرية المسئولية المدنية، واختلف الفقه فى أساس تعويضه بين ترضية المتضرر وعقوبة أو ردع المسئول. هذا الخلاف يحمل غالبا على الحكم بالتعويض النقدى عن الضرر الأدبى، إلا أننا نجد هنا صدا للتعويض غير النقدى، وخاصة التعويض العينى.

وقبل أن نتطرق إلى معرفة التعويض العينى عن الضرر الأدبى، يجدر بنا أن نتساءل عن مبدأ التعويض بصفة عامة عن الضرر الأدبى، حيث تردد الفقه والقضاء فى بادئ الأمر حول التعويض عن الضرر الأدبى، مستندين فى ذلك إلى أن هذا الضرر يمس جانبا غير مالى، وبذلك فإنه لا يسبب خسارة مالية، فلا يمكن التعويض عنه ماليا، يضاف إلى ذلك أن الاعتبارات الأخلاقية والعرفية تمنع على الإنسان أن يثرى على حساب عواطفه وكرامته، مع العلم أنه من الصعوبة بمكان تقدير الضرر الذى يصيب السمعة والاعتبار، وبذلك يكون التعويض تحكمياً. [2]

هذا وقد أثار التعويض عن الضرر الأدبى جدلا قديما فى فرنسا، خاصة بالنسبة لأضرار الألم النفسى والحزن الذى يدعيه شخص من جراء موت شخص عزيز عليه، سواء فى إطار المسئولية العقدية أو المسئولية غير العقدية[3]، كموت المسافر فى حادث أثناء تنفيذ عقد النقل، أو موت المريض فى العقد الطبى، فقد

---

(١) د. ابراهيم الدسوقى أبو الليل، المرجع السابق، ص١٤٢.

(٢) المستشار / أحمد الحمادى، المرجع السابق، ص٢٢٢.

(٣) د. حمدى عبد الرحمن، الوسيط، المرجع السابق، ص٥٣٥.

نازع البعض، إبان القرن التاسع عشر فى فرنسا، فى مشروعية مثل هذا التعويض، وذلك استنادا إلى أن التعويض النقدى عن ضرر الحزن والأسى المدعى به، لا يجدى شيئاً، ولا يعد تعويضا بالمعنى القانونى، فالنقود لا تعيد الحياة للمتوفى بطبيعة الحال، كما أنها ليست وسيلة لرفع الأسى والحزن. يضاف إلى ذلك أن هناك صعوبة فى تقدير ما يكفى لمثل هذا التعويض، فكيف يمكن تقدير خسارة الابن أو الأب، أو الأخ الشقيق بمبلغ من المال.

ورغم وجاهة هذه الاعتراضات نظريا إلا أنها لم تصمد أمام الدفاع عن التعويض عن الضرر الأدبى، ذلك أن صعوبة تقدير الضرر بمعيار مالى لا يجوز أن يحرم المضرور من تقدير يمثل الحد الأدنى من التعويض الذى يستحقه عما عاناه من ألم وحزن، خاصة وأن التعويض عن الضرر المادى ليس خاضعا - بدوره - دائما لتقدير صحيح تماما، بل قد يكون بدوره صعب التقدير، فمثلا من يفقد مخطوطا أثريا أو نادرا يتعذر أن تقدر معها الضرر المادى الذى لحق به على نحو صحيح، ولكن هذه الصعوبة لا تحول دون الحكم بالتعويض. أما أن حياة المتوفى لا يمكن أن تحسب خسارتها الأدبية ماليا، أو ترجمة الألم الناشئ عنها ماليا، فهذا بدوره منطق ينبغى ألا يحول دون التعويض الذى يستهدف تخفيف الألم، ويحمل معنى المواساة والمساعدة على تجاوز الحزن والأضرار النفسية. (١)

---

(١) راجع فى ذلك : د. حمدى عبد الرحمن، الوسيط، المرجع السابق، ص٥٣٥ وما بعدها، حيث أشار سيادته إلى الوضع القائم فى فرنسا تفصيلا.

ولهذا فقد أخذ الفقه والقضاء شيئاً فشيئاً نحو اتجاه، تقدير مبدأ التعويض عن الضرر الأدبى، على الرغم من أنه لا يمكن تقييم الألم النفسى، إذ أن هذه الآلام النفسية إنما هى تفاعلات سيكولوجية لا يعرف كثيرا من آثارها حتى على المتخصصين، وإزاء هذا الوضع لا يمكننا إلا الاستسلام لمبادئ العدالة فى إعادة التوازن إلى المراكز المالية والنفسية السابقة على إحداث الضرر وذلك قدر الإمكان.

وقد أخذ القانون الرومانى بمبدأ التعويض عن الضرر الأدبى فى حالات كثيرة ، دون تفرقة بين المسئولية العقدية والتقصيرية[١]. أما شراح القانون الفرنسى القديم فقد قصروا التعويض عن الضرر الأدبي على حالة المسئولية التقصيرية فقط، توهما منهم أن هذا هو حكم القانون الروماني، وعند وضع القانون الفرنسى الحديث، تناول المشرع مسألة الضرر بنص عام فى المادة ١٣٨٢ مدنى فرنسى، والتى أجازت التعويض عن الضرر أيا كانت صورته، أى سواء كان ماديا أو أدبيا. هذا ولم تثر مسألة التعويض عن الضرر الأدبى خلافا فى القضاء الفرنسى، وإن اختلف الشراح الفرنسيون بشأنها[٢]، فمنهم من قصر التعويض عن الضرر الأدبى الذى يترتب على جريمة جنائية، ومنهم من يفرق بين الضرر الأدبى المحض، والضرر الأدبى المتصل بضرر

---

(١) راجع : د. حمدى عبد الرحمن، المرجع السابق، ص٥٣٤. حيث يرى سيادته أن التعويض عن الأضرار الأدبية أكثر تصورا فى نطاق الفعل الضار عنها فى المسئولية العقدية.

(٢) راجع : د. أنور سلطان، المرجع السابق، ص٣٤٨. د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص٧٨٠.

مادى، ويرفض التعويض عنه فى الحالة الأولى ويجيزه فى الحالة الثانية، ومن الفقهاء من يرفض التعويض عن الضرر الأدبى بصفة مطلقة، وذلك على أساس أن التعويض عن هذا الضرر متعذر، إذ أن هذا الضرر بطبيعته غير قابل للتعويض، وحتى إذا كان قابلا له، فإن التعويض فيه يستعصى على التقدير. (١)

أما فى مصر فقد جاء نص المادة ٢٢٢ مدنى لتقرر حلا وسطا ومعتدلا بين رفض التعويض عن الضرر الأدبى مطلقا أو إجازته مطلقا، حيث نصت على أن « يشمل التعويض الضرر الأدبى أيضا، ولكن لا يجوز فى هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق، أو طالب به الدائن أمام القضاء. ومع ذلك لا يجوز الحكم بتعويض إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب ».

ويتضح من هذا النص أن المشرع وضع حكمين فى شأن التعويض عن الضرر الأدبى. الأول: هو تقدير حق المضرور فى المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبى الذى لحقه شخصيا، وهو ما يتفق مع مبدأ أن التعويض يشمل الضرر الأدبى والضرر المادى، فإذا ما اتفق المضرور مع المسئول على قدر التعويض، أى تحدد التعويض رضاء، أو قضى له بحكم قضائى، فإن قدر التعويض يعد ضمن تركة المتوفى، ويجوز للورثة – بناء على ذلك – أن يطالبوا المسئول به، باعتباره جزءاً من التركة، إما إذا عاجلت الوفاة المضرور قبل الاتفاق على التعويض عن الضرر الأدبى أو قبل الحصول على حكم قضائى به، فإن الورثة لا يستطيعون المطالبة به إلا إذا كان مورثهم قد رفع به – على الأقل – دعوى

---

(١) د. نبيل سعد، المرجع السابق، ص٤٤٧ وما بعدها.

أمام القضاء، حتى ولو لم يكن قد حكم فيها، وهذا ما أكدته محكمة النقض. [1]

والثاني:- يتعلق بالتعويض عن الضرر الشخصي المباشر الذي يلحق غير المضرور من جراء موته حيث أن التعويض عن الضرر الأدبي – وفقا لنص هذه المادة – لا يجوز إلا للأزواج والأقارب حتى الدرجة الثانية، وبالتالي لا يجوز لغيرهم أن يطالبوا بتعويض عن الضرر الأدبي المتمثل في الألم الناتج عن موت المضرور. [2]

ولا يقصد بالتعويض عن الضرر الأدبي – هنا – محو هذا الضرر أو إزالته من الوجود. إذ هو نوع من الضرر لا يمحى ولا يزول بتعويض مادي، ولكن يقصد به أن يستحدث المضرور لنفسه بديلا عما أصابه من الضرر الأدبي، فالخسارة لا تزول، ولكن يقوم إلى جانبها كسب يعوض عنها. [3]

---

(١) حيث قضت بأن « التعويض عن الضرر الأدبي عملا بنص المادة ١/٢٢٢ مدني لا ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق، أو طالب به الدائن أمام القضاء، فإذا كانت الطالبة لم تدع وجود اتفاق على تحديد هذا التعويض، كما أن مورثها لم يطالب له أمام القضاء قبل وفاته، فإنه لا ينتقل إلى ورثته ومن ثم لا يجوز لهم المطالبة به » نقض مدني في ٢٢ فبراير ١٩٧٧ (مجموعة أحكام النقض، س٢٨، ص١١٣).

(٢) د. نبيل سعد، المرجع السابق، ص٤٤٨ وما بعدها، د. محمود عبد الرحمن، المرجع السابق، ص١٢٨ وما بعدها، وانظر : نقض مدني في ١٩٨٣/٣/١٣(الطعن رقم ١٤٩٢ لسنة ٥٢ق)، نقض مدني في١٩٦٤/٤/٣٠(مجموعة أحكام النقض، س١٥، ص٦٣١).

(٣) نقض مدني في ١٩٩٠/٣/١٥ (مجموعة أحكام النقض، س٤١، ص٧٦٢).

وإذا كانت التشريعات الحديثة قد أقرت مبدأ التعويض عن الضرر الأدبى فإن تساؤلا يثور فى الأذهان عن مدى إمكانية أن يكون هذا التعويض عينا وبصورة معنوية لجبر ضرر معنوي، أم لا ؟ باعتبار أن التعويض العينى - هنا - ما هو إلا ترضية للمضرور، وبصورة معنوية، مما يزيل عنه الألم النفسى الذى ألم به، غير أن الإجابة على هذا التساؤل تضعنا أمام تساؤل آخر مفاده: هل القضاء بنشر الحكم الصادر فى دعاوى السب والقذف والتشهير بتكذيب ذلك، أو الحكم الصادر فى دعاوى المنافسة غير المشروعة والمتضمن العمل على إزالة هذه المخالفة، ونشر مثل هذه الأحكام على نفقة المسئول يعد من قبيل التعويض العينى ؟ ومن ثم يكون التعويض معنويا.

لقد كانت هذه المسألة محل اهتمام الفقه، حيث اختلف بشأنها على النحو التالى:-

ذهب رأى إلى أن القضاء بنشر الحكم فى هذه الدعاوى على نفقة المدعى عليه، يعتبر تعويضا غير نقدى عن الضرر الأدبى الذى أصاب المدعى، بل يعد الحكم بالمصروفات على المدعى عليه بمثابة التعويض الكافى عن الضرر الأدبى الذى أصاب المدعى، وهو تعويض غير نقدى، لأن الملحوظ فيه هو المعنى الذى يتضمنه. (١)

واتجه رأى آخر إلى اعتبار هذا النشر تعويضا عينيا ناقصا، لأنه لا يتضمن مفهوم التعويض العينى الكامل، إذ لا يوجد ما يدل

---

(١) د. جميل الشرقاوى، المرجع السابق، ص٥٠٦، د. أنور سلطان، المرجع السابق، ف٤٥٠، ص٣٨٠، وانظر كذلك : مجموعة الأعمال التحضيرية، ج٢، ص٣٩٧.

على أن الذين سمعوا بواقعة القذف أو علموا بالمنافسة غير المشروعة جميعهم، قد علموا بالحكم الذى أمر القاضى بنشره . لذا فإنه ليس من شأن هذا النشر أو الإعلان أن يمحو الضرر بإزالة الكذب الذى نسب إلى المضرور.[1]

فى حين ذهب رأى ثالث إلى اعتبار الأمر بنشر الحكم أو إذاعته تعويض عينى معنوى أفضل منه مادى، إذ يقصد به محو الضرر الذى نجم عن القذف أو إيذاء السمعة العامة، وذلك بإحاطة الناس علما بكذب ما نسب إلى المضرور، وإزالة الضرر – مستقبلا – الذى نجم عن الفعل الضار.[2]

ونحن نرى أن هذا الرأى الأخير هو الراجح – من وجهة نظرنا على الأقل –، لأن التعويض فى هذه الأحوال يعتبر عينيا، بل هو الأفضل فيما يخص الأضرار التى تمس الجانب الاجتماعى، وخاصة إذا رافق هذا الحكم الأمر بنشر الحكم على نفقة المسئول. حيث لا يعتبر ذلك تعويضا عينيا ناقصا ولا تعويضا غير نقدى، إذا كان نشر الحكم فى ذات الصحيفة التى نشرت القذف والسب أو

---

(١) د. محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، ج١، ص٥٠، د. إدوارد غالى، اختصاص القضاء الجنائى بالفصل فى الدعوى المدنية، ط١، المعرفة، ١٩٦٤، ص٦٠، حيث أشار سيادته إلى أن القضاء المصرى اتجه إلى الأخذ بهذا الرأى، باعتبار أن نشر الحكم فى الجرائد بمثابة تعويض عينى لجزء من الضرر الأدبى الذى لحق طالب التعويض من أثر وقائع القذف والبلاغ الكاذب.

(٢) د. سليمان مرقص، المرجع السابق، ص٥٢٨، د. عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، ص٦٦، د. مصطفى الجمال، المرجع السابق، ف٣٨٢، ص٤٠٦، د. عاطف النقيب، المرجع السابق، ص٣٨٥، د. محمد صبرى الجندى، المرجع السابق، ص٥٦٦،

الخبر الكاذب، أو كان النشر فى صحف ذات انتشار واسع ليكون نشر التكذيب أوسع من انتشار الضرر الأدبى. كما أنه ليس تعويضا نقديا، لأن المقصود هو التعويض العينى بتخصيص الحكم الذى رد اعتبار المتضرر. وأيضا فإن نشر مثل هذا الحكم – وبهذه الطريقة – يعتبر نوعا من الإنذار والتخويف للآخرين بهدف ردعهم عن ارتكاب فعل مشابه، وسوف يصل النشر بذلك إلى علم أشخاص قد لا يعلمون بالخطأ، وعندئذ يجد المسئول نفسه محلّ لوم من الجميع، الذين علموا والذين لم يعلموا فى غالب الأحيان. مما يعد ذلك طريقة مثلى للتعويض العينى المعنوى. وليس أدل على ذلك من أن التعويض النقدى فى هذه الحالات لا يجوز للأسباب الآتية:-

١- فكرة الترضية المالية التى يقوم عليها تعويض الضرر الأدبى مستبعد كلية عن فكرة التعويض، ولا تهتم بمساعدة المتضرر على التغلب على حزنه، ولذلك فهى بقدر ما تبتعد عن فكرة التعويض تقترب من فكرة العقوبة، إذ لا تهدف إلى جبر الضرر، وإنما إلى كظم الغيظ وتخليصه من الشعور بالحقد والكراهية والحاجة إلى الانتقام، خاصة عندما ينسب إلى المسئول خطأ جسيم، أو عندما تكون العواقب وخيمة.

٢- إن الضرر الأدبى من طبيعة مالية ، وطلب تعويضه ماليا يبدو مجافيا للمنطق ، إذ أن دور التعويض الأساسى هو جبر الضرر وإزالته ، والحصول على مال ليس من شأنه إزالة الضرر الأدبى ولا جبره ، فهو من طبيعة مختلفة عنه، فطلب إحلال المال محل الألم مثلا هو مبادلة فى غير محلها ، لتباين العناصر الداخلة

فى كل منها واختلاف قيمتها ، والأصل أن التعويض يكون أعدل ما يكون عندما يكون من جنس ما حدث من ضرر .

٣- إن طلب مبادلة الضرر الأدبى بالنقود أمر لا يخلو من إسفاف ، فطالب التعويض بالنقود من جراء الألم ، هو شخص يتاجر بدموعه ، وليس للإنسان أن يثرى على حساب عواطفه وكرامته . (١)

٤- كيف يمكن للقاضى أن يقدر الضرر الأدبى ويعوض عنه ماليا ؟ إذ لو فعل ذلك لكان تشجيعا للمتاجرة بألم النفس ، وإثقالا على مرتكب الفعل الضار ، إن هو أجزل التقدير ، فإن خفف التعويض ، عد ذلك استخفافا بمشاعر الناس وعواطفهم .

ولهذه الأسباب وغيرها لم يكن مقبولا أن يتم التعويض عن الضرر الأدبى- بعد أن سلمنا بذلك - بالنقود ، فلم يبق إلا أن يكون التعويض - فى هذه الحالة - عينا . ولما كان الضرر الأدبى يتمثل فى آلام المتضرر ومشاعره ، فإن التعويض عنه يكون هو الآخر معنويا ، لأنه ينتج آثاره فى مشاعر المتضررين وآلامهم . مما يخفف عنهم الألم والحسرة من جراء فعل المسئول . وكما يقال: يعتبر التعويض العينى المعنوى علاجا ناجعا لمعنويات المتضررين مما يرفع عنهم ما شعروا به نتيجة فعل المسئول ، فيعد التعويض العينى المعنوى ترضية أدبية للمضرور يمحو عنه حزنه الداخلى ، ويزيل آلامه مما يعوضه عن الفعل الذى يبقيه معرضا أو محلا للشك من الآخرين ، وذلك كله بواسطة حكم القاضى الصريح الذى

---

(١) د . عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية الالتزام ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٨ ، ف٤٦٩، المستشار / أحمد حسن الحمادى ، المرجع السابق ، ص٢٢٢ .

أعلنه فى الصحف . وقد يكون فى ذلك كفاية لكل من يتعرض للضرر فى سمعته أو مركزه الاجتماعى من جراء مقال لصحفى افتراءً ، حيث يأتى نشر الحكم الذى يدين الصحفى فى الصحف ، على أنه تعويض أدبى من جنس ما فعله هذا الصحفى . (١)

وبناء على ذلك فإننا ندعو القضاء إلى الحكم بالتعويض العينى فى كل مرة يكفى هذا التعويض لجبر الضرر، وإعادة إصلاح الضرر الأدبى ، وذلك حتى تقضى المحاكم على روح الكسب المالى تحت طائلة الترضية المزعومة . فالتعويض العينى لا يتضمن أية زيادة للتعويض المفروض على المسئول ، وبالتالى لا يمثل إثراءً للمتضرر . وعلى الرغم من أن ذلك قد لا يلائم رغبة المتضرر – فى بعض الأحيان – إلا أنه يكون أكثر ملائمة لطبيعة الضرر ، فيكون تعويض معنوى لضرر أدبى (معنوى) .

وتبرز عادة صورة التعويض العينى المعنوى عند التعسف فى استعمال الحق ، أو لدى الإخلال بواجب عدم الإضرار بالغير ، كما هو الحال بالنسبة للحكم بإتلاف العلامة التجارية المزيفة(٢)، شأنه فى ذلك شأن الحكم بنشر حكم القاضى الجابر للضرر فى دعاوى السب والقذف على نحو ما أسلفنا . وهكذا يتضح لنا نوعى التعويض العينى المادى منه والمعنوى ، يبقى لنا أن نتعرف على نطاقه ، وهو ما نفرد له المبحث الثالث :

---

(١) د . عبد المجيد الحكيم ، مصادر الالتزام، المرجع السابق ، ف٨٥٩ ، ص٤٧٨ .

(٢) د . عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق ، ص٦٢٥ .

المبحث الثالث
نطاق التعويض العينى

تمهيد وتقسيم :-

يثير نطاق التعويض العينى فكرة المجال الذى يعمل فيه هذا النوع من التعويض. ذلك أن نص المادة ٢١٥ مدنى[١] التى تحدثت عن المسئولية العقدية أطلقت لفظ التعويض دون تحديد، فلا يبدو – من خلالها – أن الأمر متحتم بأن يكون التعويض نقدا، كما أنه ليس فى المبادئ العامة ما يبرر منع القاضى من الحكم بتعويض عينى، إذا طلبه الدائن، ورأى القاضى أن إجابة هذا الطلب أنسب فى تعويض الضرر. ومن ناحية أخرى نجد أن المشرع قد أجاز صراحة التعويض العينى فى المسئولية التقصيرية، وذلك عندما نص فى المادة ٢/١٧١ على أنه « يجوز للقاضى، تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع، وذلك على سبيل التعويض »، ولا مبرر أيضا لجعل هذا النص قاصرا على المسئولية التقصيرية، حيث يجوز تطبيقه بالقياس على كل حالة يكون فيها إخلال بالتزام ولو كان عقدياً.[٢]

ولما كان التعويض العينى يجد مجال إعماله فى كل من المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية، إلا أن هناك تفاوتا فى إعماله فى كل منهما. حيث يرى البعض[٣] أن التعويض النقدى هو

---

(١) تنص المادة ٢١٥ مدنى على أنه « إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينيا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبى لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين فى تنفيذ التزامه ».

(٢) د. إسماعيل غانم، المرجع السابق ف٤٦، ص١٠٩.

(٣) د.عبد الودود يحيى، المرجع السابق، ف٢٦٩، ص٤٠٨، د. جلال العدوى، المرجع السابق، ف٩٩٥، ص٤٨٩، د. السنهورى، آثار الالتزام، المرجع السابق، ف٤٧١، ص١١٠٦، راجع تردد الدكتور عبد المجيد =

الأصل، ومن ثم لا يجوز للقاضى أن يحكم من تلقاء نفسه بأداء أمر آخر على سبيل التعويض، وإنما يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المضرور، كما أن الحكم بشئ آخر غير النقود هو أمر جوازى للقاضى، فقد يطلب المضرور تعويضا عينيا، ومع ذلك يجوز للقاضى ألا يجيبه إلى طلبه، ويقتصر على الحكم بتعويض نقدى، فالقاضى يقدر التعويض عادة بمبلغ من النقود، سواء فى ذلك المسئولية العقدية أو المسئولية التقصيرية.

بينما ذهب آخرون إلى أن التعويض العينى (التنفيذ العينى) هو الأصل فى المسئولية العقدية، وعلى النقيض لا يكون لهذا الضرب من التعويض إلا منزلة الاستثناء فى نطاق المسئولية التقصيرية، وذلك عند من لا يرى فارقا بين التنفيذ العينى والتعويض العينى، حيث يقع هذا التعويض كثيرا فى المسئولية العقدية، أما فى المسئولية التقصيرية فيمكن كذلك فى قليل من الفروض، فالتعويض العينى يكون عادة ممكنا بالنسبة للالتزامات العقدية، أما بالنسبة للمسئولية التقصيرية فيتصور الحكم، بالتعويض العينى فى بعض الحالات. [(١)]

=الحكيم فى هذا الشأن إذ يرى أن التعويض دائما يكون بمبلغ من النقود (أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص١٥) فى حين أنه قرر سابقا أن التعويض العينى بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر هو الطريقة المثلى للتعويض، وعند استحالته نلجأ للتعويض النقدى (مصادر الالتزام ١٩٦٣، ص٤٧٧).

(١) د. السنهورى، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ف٦٤٣، ص٦٤٣، ص١٣٥٤، د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص٨١٨، د. أنور سلطان، المرجع السابق، ص٣٨٠.

وقد ذهبت محكمة النقض المصرية إلى أن التعويض العينى عن الفعل الضار هو الأصل، ولا يصادر إلى عوضه، أى التعويض النقدى، إلا إذا استحال التعويض عيناً. (1)

وإزاء هذا التفاوت فى مجال إعمال التعويض العينى باعتباره الطريقة المثلى لجبر الضرر، وما إذا كان أصلا فى المسئولية العقدية أم فى المسئولية التقصيرية، أم أن نطاق تطبيقه فى المسئولتين على حد سواء. كان لزاما علينا أن نلقى الضوء على نطاق إعمال التعويض العينى فى كل من المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية، وهو ما نفرد له المطلبين الآتيين :-

❁❁❁

---

(١) نقض مدنى فى ١٩٤٨/١٢/١٦ (مجموعة عمر، ج٥، ص٦٨٢)، نقض مدنى فى ١٩٧٩/١٢/٢٩ (مجموعة أحكام النقض، س٣٠، ص٤١٣).

المطلب الأول

نطاق التعويض العينى فى المسئولية العقدية

تعنى المسئولية العقدية، التزام المتعاقد الذى أخل بالتزامه العقدى بأن يعوض الطرف الآخر عما لحقه من ضرر، وتتحقق هذه المسئولية – متى توافرت شروطها – أيا كانت صورة الإخلال، أى سواء عدم التنفيذ، أو التأخير فيه، أو التنفيذ المعيب[1]، فهى الجزاء الذى يرتبه القانون على إخلال المتعاقد بتنفيذ التزامه العقدى، وتعد أثراً للالتزام العقدى لا مصدرا له وتنشئ شغل ذمة المدين بالتعويض.

والسؤال الذى يطرح نفسه هل يصح أن يكون التعويض فى حالة إخلالٍ كهذا عينياً ؟ واضح من العرض السابق فى التمهيد لهذا المبحث إمكانية التعويض العينى فى نطاق المسئولية العقدية، غير أن هذه الإمكانية متأرجحة بين كونها أصلية فى هذا النوع أو هى قليلة فيه، لكنها – على أية حال – ممكن وجودها فى المسئولية العقدية عموما. ويمكن توضيح ذلك فى القانون الفرنسى، ثم فى القانون المصرى وذلك على النحو التالى :-

أولاً :- التعويض العينى فى المسئولية العقدية فى القانون الفرنسى :-

أقر القانون الفرنسى مبدأ التعويض العينى فى نطاق المسئولية العقدية، إذ قررت المادة ١١٤٢ منه على أن « كل التزام بعمل، أو

---

(١) د. حمدى عبد الرحمن، الوسيط، المرجع السابق، ص٤٩٩، د. أنور سليمان، المرجع السابق، ف٢٨٢، ص٢٤٨، د. نبيل سعد، المرجع السابق، ص٢٩٧، د. مصطفى الجمال، المرجع السابق، ف٢١٦، ص٢٤١.

بامتناع، يتحول إلى تعويض فى حالة عدم بتنفيذ المدين له »[1]
والواضح من نص المادة هذه أن المشرع الفرنسى لم يستبعد فكرة التعويض العينى كلما كان هذا التعويض أقرب إلى العدالة من التعويض النقدى، فقد يكون التعويض – فى المسئولية العقدية – أمر آخر يراه القاضى أكثر ملاءمة لطبيعة الضرر، وأن هذه المادة – على الرغم من أنها لا تستبعد التنفيذ العينى الجبرى – إلا أنها لا تهدف إلا إلى استبعاد اللجوء إلى الإكراه البدنى، ومن ثم إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه اختيارا، لم يكن أمام القاضى سوى الحكم بالتعويض العينى، ويكون قراره هكذا فى كل مرة يكون هذا التعويض متفقا مع مقتضيات العدالة.

ويلاحظ أن القضاء الفرنسى كان يحكم بالتعويض النقدى عند عدم تنفيذ المدين التزامه العقدى اختيارا وذلك تطبيقا لنص المادة ١١٤٢ مدنى فرنسى، إلا أنه ما لبث أن عدل موقفه، فانتهج سبيلاً آخر يختلف عما سبق – فقد عبر القضاء الفرنسى عن التعويض بغير النقود عند الإخلال بالالتزام التعاقدى. فقد ذهبت محكمة الموضوع إلى الحكم بتمديد عقد الإيجار إلى أن يتم تنفيذ الترميمات المفروضة على المستأجر، والتى امتنع عن القيام بها. ولكن المستأجر طعن فى الحكم على أساس أن حكم محكمة الموضوع بتمديد عقد الإيجار أدى إلى نشوء التزام جديد فى ذمته (المستأجر)، وأنه ليس للمحكمة أن تنشأ هذا الالتزام لأنه يعتبر خرقا للمادة (١١٤٢مدنى فرنسى) والتى تلزم المدين بالتعويض عند عدم التنفيذ. وقد قبلت محكمة النقض الفرنسية طلب الطعن مقررة أنه لا يجوز

(١) مشار إليها : د. محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، ج١، ف١١، ص٥٢.

الحكم سوى بالتعويض النقدى عند عدم تنفيذ المستأجر لالتزامه بالقيام بالترميمات المفروضة عليه وفقا لنص المادة المذكورة. بل إنها ذهبت إلى أبعد من ذلك عندما قررت فى حيثيات حكمها بأن قضاة الموضوع ليس لهم الحكم بتمديد عقد الإيجار، إذ لا يوجد نص في القانون يجيز لهم الحكم على خصم فى الدعوى، تعويضا عن ضرر يسأل عنه، بالقيام بعمل لا يفرضه عليه العقد أو القانون ولا يريد القيام به. (١)

غير أن القضاء الفرنسى هجر هذه القاعدة، والتى يكون التعويض بمقتضاها نقديا تطبيقا للمادة ١١٤٢، وذلك إبان الحرب العالمية الثانية. إذ أجازت لقاضى الموضوع - إذ كان محل الالتزام، الذى استحال تنفيذه بخطأ المدين، تسليم شئ - أن يأمر المدين بتسليم شئ مثله، وأن يعمد إلى الغرامة التهديدية لحمله على تنفيذ أمره. ومن ثم قضت محكمة السين التجارية على المودع لديه برد مثل الأشياء المودعة، والتى سرقت بخطأ منه. (٢)

ويبدو لنا أن تغيير الموقف بالنسبة للقضاء الفرنسى إنما يستند على ضرورة التفرقة بين التنفيذ العينى والتعويض العينى(٣). فإذا كانت المادة ١١٤٢ مدنى فرنسى تهدف إلى منع الإكراه البدنى لأجل تنفيذ المدين لالتزامه، إلا أنها ليست ذات أهمية كبيرة بالنسبة

---

(١) نقض فرنسي فى ١٥ مارس ١٩٤٨ (داللوز، ١٩٤٨، صـ٣٤٦)، مشار إليه : د. محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، ج١، ص٥٣.

(٢) صدر هذا الحكم عام ١٩٤٧، مشار إليه : د. محمود جمال الدين زكــى، المرجع السابق، ج١، ص٥٣.

(٣) راجع التفرقة بين التنفيذ العينى والتعويض العينى سابقا، ص ١٨ من هذا البحث.

للحكم بالتعويض العينى في حالة إلزام المدين بجبر الضرر الحاصل، لأن المادة ١١٤٣ مدنى فرنسى تعطى الحق للدائن فى طلب إزالة المخالفة[١]، ولهذا كانت هذه المادة الأخير مختصة بالتعويض العينى فى نطاق المسئولية العقدية. وهذا يعنى أن اللجوء إلى التعويض العينى وفقا لنص المادة ١١٤٢، لا يكون سوى طريقة ملائمة تسمح باستبعاد عدد معين من الحلول، مثل : الحكم بإلزام المدين بالترميم يكون عبارة عن التزام جديد بالنسبة للالتزام العقدى الأصلى. وهو ما فسره القضاء الفرنسى بأنه ما هو إلا تعويض عينى، كما هو الحال بالنسبة للحكم بنفقات إزالة الضرر، ويمكن تبرير موقف القضاء الفرنسى هذا بأنه أكثر استجابة للضرورات العملية التى يتطلبها المجتمع المعاصر، وأكثر اتساقا مع العدالة لجبر ضرر المضرور.

وبهذا يتضح أن القضاء الفرنسي قبل التعويض العينى فى مجال المسئولية العقدية، إلا أنه بعد قبوله بالتعويض العينى فى مجال المسئولية العقدية، عاد فشدد فى التمسك بشروط نظرية الاثراء بلا سبب، ليحول دون الحصول على التعويض العينى. وذلك حين نقض قرار محكمة الموضوع الذى الزم المستأجر بإعادة بناء البيت المحروق من جراء خطئه. مسببة قرارها بأن التعويض العينى بالحكم بالزام المستأجر بإعادة بناء البيت المحروق يعد سببا غير قانونى لإثراء الدائن (المؤجر) على حساب افتقار المدين (المستأجر)[٢]. غير أن هذا التوجه من القضاء الفرنسى إنما يستند

---

(١) د. محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، ص٥٣.

(٢) مشار إليه : أ/ نصير صبار لفتة، المرجع السابق، ص١٠٩.

– فيما يبدو – على ضرورة التفرقة بين التنفيذ العينى والتعويض العينى – كما سبق أن بينا – ، وأنه يقصر تطبيق نص المادة ١١٤٢ مدنى فرنسي على القاعدة التقليدية على الالتزام بعمل أو الامتناع عن عمل، أما إذا كان محل الالتزام الذى أستحال تنفيذه بخطأ المدين تسليم شيء ، فإنه يجوز للقاضي أن يأمر المدين بتسليم شيء مثله ، وأن يعمد إلى التهديد المالي لحمله على التنفيذ.

ثانياً :- التعويض العينى فى المسئولية العقدية فى القانون المصرى :-

القاعدة العامة فى الالتزام التعاقدى هو تنفيذ الالتزام عينا ما دام ذلك ممكنا، فمن حق الدائن أن يستأديه، ومن حق المدين أن يعرض القيام به (م٢٠٣ مدنى مصرى) (١)، ولهذا فإنه لا يجوز العدول عن هذا التنفيذ إلى طريق التعويض إلا بتراضى الطرفين. ذلك أن التعويض لا ينزل من التنفيذ العينى منزلة التزام تخييرى أو التزام بدلى، لأن رخصة العدول عن الوفاء عينا إلى الوفاء بمقابل غير ثابتة لأى من المتعاقدين، سواء فى ذلك الدائن أو المدين، فمن واجب الأول أن يعرض الوفاء عينا ومن واجب الثانى قبول هذا الوفاء، كما أن المدين لا يملك عرض العوض النقدى ما بقى الوفاء العينى ممكنا. (٢)

---

(١) تنص المادة ٢٠٣ مدنى على أنه « يجبر المدين بعد إعذاره طبقا للمادتين ٢١٩، ٢٢٠ على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا متى كان ذلك ممكنا، على أنه إذا كان فى التنفيذ العينى إرهاق للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدى إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضررا جسيما »، راجع تاريخ النص : د. السنهورى، آثار الالتزام، المرجع السابق، ص٩٩، هامش (١).

(٢) المستشار أنور العمروسى، المرجع السابق، ص٦٤١.

وقد استثنى المشرع حالة واحدة من حكم قاعدة عدم جواز العدول إلى طريق التعويض ما بقى التنفيذ العينى ممكنا مقتديا فى ذلك بالتقنين الألمانى، فأباح للمدين أن يعمد إلى التعويض النقدى، إذا كان يصيبه من وراء التنفيذ العينى ضرر فادح لا يتناسب مع ما يحيق بالدائن من جراء التخلف عن الوفاء عينا، وفى هذه الحالة لا يسوغ للدائن أن يطالب بالتنفيذ العينى، بل يقتصر حقه على المطالبة بأداء التعويض الواجب له. (١)

ولما كانت القاعدة العامة فى الالتزام التعاقدى هو التنفيذ العينى، فإن إمكانية هذا التنفيذ ترجع إلى طبيعة الالتزام ومداه والوسائل المادية اللازمة لهذا التنفيذ(٢). فإذا استحال ذلك كان الحكم بتعويض نقدى وفقا للنص المذكور.

وإذا كان التعويض النقددى – بناء على ذلك – هو الأصل فى المسئولية العقدية، فإن المشرع أجاز التعويض العينى فى نطاق هذه المسئولية، حيث نصت المادة ٢٠٩ مدنى على أنه « فى الإلتزام بعمل، إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، جاز للدائن أن يطلب ترخيصا من القضاء فى تنفيذ الالتزام على نفقة المدين، إذا كان هذا التنفيذ ممكنا. ويجوز فى حالة الاستعجال أن ينفذ الدائن الالتزام على نفقة المدين دون ترخيص من القضاء » ويعنى ذلك أن التنفيذ من الدائن على نفقة المدين بعد استئذان المحكمة، وبدون إذن فى حالة الاستعجال، أن الدائن يحصل على تعويض عينى جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه، فهذا الوصف أو التسمية بالتنفيذ هو ما نطلق عليه

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، ج٢، ص٥١٠ وما بعدها.

(٢) راجع : نقض مدنى فى ١٩٧٠/١٢/١٥ (مجموعة أحكام النقض س٢١، ص١٢٣٤).

إعادة الحالة إلى ما كانت عليه وذلك عند إزالة المخالفة، وهو ما يعنى حصول الدائن على التعويض العينى فى هذه الحالة. [1]

بل إن المشرع المصرى كان صريحا فى النص على التعويض العينى. فإذا كان التعويض العينى قد ذكر ضمنا فى نص المادة ٢٠٩ مدنى، فإنه ذكر صراحة فى نص المادة ٢١٢ مدنى، حيث نصت على أنه « إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل وأخل بهذا الالتزام، جاز للدائن أن يطلب إزالة ما وقع مخالفا للالتزام، وله أن يطلب من القضاء ترخيصا فى أن يقوم بهذه الإزالة على نفقة المدين ». حيث يتضح من نص هذه المادة أن الأصل فيها هو التعويض العينى المتمثل فى إزالة المخالفة، ومن ثم يمتد هذا الأصل إلى كل حالة ينشئ فيها الإخلال بالالتزام حالة مستمرة، أى يكون الضرر – فى حالة المخالفة – مستمرا.

بيد أنه إذا كانت العلاقة التعاقدية قائمة – وأثناء التنفيذ – فإن اكتشاف العيب الخفى فيما بعد يثير التزاما جديدا بالضمان، مع أنه يرتبط بالعقد الذى أنشأ الالتزام الأصلى للتنفيذ، وعندئذ يكون التزام الضمان عبارة عن التزام بالتعويض العينى (الإصلاح)، كما هو الحال فى ضمان العين المؤجرة متى وجد بها عيب، إذا كان العقد

---

(١) من أمثلة ذلك / م٢٥٠/٢ مدنى إذ صرحت بأنه « إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، جاز للدائن أن يحصل على شئ من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضى، أو دون استئذانه فى حالة الاستعجال، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشئ من غير إخلال فى الحالتين بحقه فى التعويض » وهو نص فى التعويض العينى، ومثله م٥٦٨ (إيجار)، م٥٧٧ (ضمان عيوب العين المؤجرة)، م٦٥٠ (المقاولة)، م١١٠١ (ضمان سلامة الرهن).

قائما[1]، وفى ضمان سلامة الرهن بعد انعقاده[2]. كما أن ضمان المهندس المعمارى والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلى أو جزئى فيما شيدوه من مبانى أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى، ولو كان التهدم ناشئا عن عيب فى الأرض ذاتها[3]، ليس إلا تعويضا عينيا طبقا لأحكام الفقرة الأولى من المادة ٦٥١ مدنى وذلك وفقا للحالات الآتية :-

١- الالتزام بالضمان يعتبر التزاما مقررا بنص القانون استقلالا عن إرادة ذوى الشأن (المهندس والمقاول)، ويكون إصلاح العيب فى هذه الحالة تعويضا عينيا يتمثل فى الحكم على المقاول أو المهندس بإعادة البناء المتهدم.

٢- فى أثناء مدة العقد وقبل التسليم، يكون الحكم بالإصلاح أو إزالة الضرر أو العيوب أو إعادة البناء المتهدم من قبيل التنفيذ العينى، لأننا ما زلنا فى نطلق التنفيذ العقدى.

٣- بعذ انتهاء مدة الضمان العشرى - المشار إليها فى النص سالف الذكر- فإن الحكم بإلزام المقاول أو المهندس بإزالة العيب الخفى أو إعادة البناء يعتبر تعويضا عينيا إلا أنه فى نطاق المسئولية التقصيرية. [4]

خلاصة: القول أن التعويض العينى فى المسئولية العقدية قد نص عليه المشرع المصرى إما صراحة أو ضمنا، يستفاد من

---

(١) م ٥٧٧ مدنى.
(٢) م ١١٠١ مدنى.
(٣) م٦٥١/١ مدنى.
(٤) راجع فى ذلك : د. السنهورى، الوسيط، ج٧/١، العقود الواردة على العمل، دار النهضة العربية، ١٩٨٩، ف٦٠، ص١٣٠ وما بعدها.

ظروف الحال وطبيعة العلاقة التعاقدية بين الدائن والمدين. وهو ما ذهب إليه القضاء المصري، إذ صرح بأن ما أجازته المادة ٢٠٩ للدائن فى حالة الاستعجال من القيام بالتنفيذ على نفقة المدين دون ترخيص من القضاء ليس إلا رخصة منحت للدائن ملحوظا فيها مصلحته، فلا تجوز مؤاخذته على عدم استعمالها. [١]

❁❁❁

(١) نقض مدنى فى ١٩٦٥/١١/١١ (مجموعة أحكام النقض س١٦، ص١٠١٨)، نقض مدنى فى ١٩٦٣/٤/٢٥ (مجموعة أحكام النقض س١٤ص٦١٤).

المطلب الثانى

نطاق التعويض العينى فى المسئولية التقصيرية

رأينا فيما سبق أن التعويض العينى يجد مجالا رحبا فى ظل المسئولية العقدية، إذ أنه هو البديل فى كل حالة لا يمكن فيها التنفيذ العينى، فالأصل فى التعاقدات هو التنفيذ العينى، فإذا استحال ذلك كان الحكم بالتعويض العينى، وهذا ما يحتم ضرورة التفرقة بينهما، حيث أن التنفيذ العينى يكون قبل وقوع الإخلال بالالتزام التعاقدى، فإذا ما كان مستحيلا فإن اللجوء إلى التعويض العينى فى هذه الحالة هو الأصل كما سبق أن وضحت فى المطلب السابق.

أما فى نطاق المسئولية التقصيرية فإننا نجد أن التعويض العينى يجد مجال إعماله أيضا، وإن كنت أرى أن التعويض العينى فى نطاق المسئولية التقصيرية أكثر مجالا منه فى المسئولية العقدية. حيث أن التعويض العينى فى المسئولية العقدية إنما يكون فى حالة يستحيل فيها التنفيذ العينى – باعتباره الأصل فيها– ومعنى ذلك أن مجال التعويض العينى فى المسئولية العقدية يكون محدودا بعدد الحالات المستحيل فيها التنفيذ العينى، عكس الحال بالنسبة للمسئولية التقصيرية، فإن حالات إعمال التعويض العينى فيها غير محددة بعدد معين، فهو أنسب للمضرور فى كل حالة يكون فيها ممكنا، باعتباره الأنسب لجبر المضرور[1]، ولذلك فإنه أكثر إعمالا فى ظل

---

(١) د. أنور سلطان، المرجع السابق، ف٤٤٩، ص٣٧٩. حيث ذكر سيادته أن التعويض العينى أفضل طرق التعويض، لأنه يؤدى إلى إصلاح الضرر إصلاحا تاما بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، والقاضى ملزم بالحكم بالتعويض العينى إذا كان ممكنا وطلبه الدائن أو تقدم به المدين، د. نبيل سعد، المرجع السابق، ص٤٨٢.

هذه المسئولية من وجهة نظرنا على الأقل، وإن كان بعض الفقهاء قد ذهب – كما فى المسئولية العقدية – إلى أن التعويض النقدى هو أكثر طرق التعويض ملاءمة لإصلاح الضرر المترتب على العمل غير المشروع، بل إنه هو الطريق الأصلى فى التعويض، وذلك لاعتبارات لا تختلف فى المسئولية التقصيرية عنها فى المسئولية العقدية، حيث يتميز ببساطته، كما أن صدور الحكم به – التعويض النقدى – كفيل بحسم النزاع، بخلاف الحكم بالتعويض العينى الذى يكون فى بعض الأحيان سببا لمنازعات جديدة. (1)

ويبدو – من وجهة نظرنا – أن من قال بذلك من الفقهاء قد خلطوا بين التعويض العينى والتعويض بمقابل، وهو ذلك التعويض الذى ليس نقديا ولا عينيا، وإنما هو عوان بين ذلك. كأن يحكم القاضى بأن يدفع المسئول للمضرور سند أو سهم تنتقل إليه ملكيته، ويستولى على ريعه تعويضا له عن الضرر الذى أصابه، من جراء اغتصاب عقاره مثلا. (2)

وكأن يأمر القاضى فى دعاوى السب والقذف بنشر الحكم بإدانة المدعى عليه فى الصحف على نفقته، فهذا النشر، وهو متصل بالعمل غير مشروع، يعد تعويضا بمقابل – غير نقدى وغير عينى –، حيث يعتبر تعويضا عن الضرر الأدبى إذ ينطوى على رد اعتبار المدعى (3). فمثل هذا التعويض يمكن أن يكون سببا

---

(1) د. أنور سلطان، المرجع السابق، ف٤٥٠، ص٣٨٠، د. إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص١١٠.

(2) نقض مدنى فى ١٩٧٤/١٠/١٥ (مجموعة أحكام النقض، س٢٥، ص١١٤٦).

(3) د. جلال العدوى، المرجع السابق، ف٤٩٩، ص٤٨٨.

لمنازعات جديدة فعلا، بخلاف التعويض العينى، المتمثل فى إزالة الضرر ومحوه، وإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل وقوع الخطأ، فإنه لا يخلّف أية منازعات، كما فى إصلاح الشئ التالف، أو إعادة الشئ المغصوب أو المسروق[1]، حيث يكون فى هذا التعويض ترضية تامة لمضرور. وهذا ما يحدث فى كل عمل غير مشروع يكون التعويض العينى – بهذا الشكل – ممكنا بلا حدود معينة لذلك.

ويبدو أن هذا التردد فى الفقه قد بنى على أساس أن نص المادة ١٦٣ مدنى جاء مطلقا من غير تحديد لطريقة تعويض بعينها[2]، حيث جاء هذا النص بمبدأ عام هو تعويض الضرر من دون أن يحدد طريقة التعويض.

غير أن المشرع المصرى عاد، فى سياق المادة ١٧١ مدنى، وقرر صراحة أنه يجوز للقاضى، تبعا للظروف، وبناء على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع، وذلك على سبيل التعويض. ومن هنا ثار الجدل فى الفقه حول مدى إمكانية التعويض العينى من نطاق المسئولية التقصيرية. فثمة رأى بأن التعويض العينى شائع الوقوع فى المسئولية العقدية، ولا يكون له فى نطاق المسئولية التقصيرية إلا منزلة الاستثناء. فالتعويض النقدى هو القاعدة العامة فى المسئولية التقصيرية فهو الأنسب والأصل فيها،

(١) د. مصطفى الجمال، المرجع السابق، ف ٣٨٢، ص٤٠٦.
(٢) تنص المادة ١٦٣مدنى على أن « كل خطأ سبب ضرر للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض ».

حيث يتفق وطبيعة الضرر، ويفضله المضرور عادة فى حالات الضرر الأدبى والجسمانى، حيث يستحيل التنفيذ العينى. [١]

فى حين ذهب رأى آخر فى الفقه المصرى إلى أن التعويض العينى ليس غريبا على المسئولية التقصيرية، إذ أنه يتلاءم معها أكثر من ملاءمته مع المسئولية العقدية، وأن التنفيذ العينى بالنسبة للالتزامات القانونية هو مجرد عدم الإضرار بالغير، ولما كان هذا التنفيذ غير ممكن فى حالات الإخلال المرتب للمسئولية التقصيرية، فلم يبق– حينئذ –إلا التعويض العينى، متى كان ممكنا. [٢]

ويبدو لى أن الرأى الثانى هو الأولى بالإتباع، بالرغم من قلة أنصاره، وذلك للأسباب الآتية :–

١– إن تعويض الضرر بإعادة الحال إلى ما كان عليه، يعتبر الصورة المثلى والأنسب لتعويض المضرور، وقد قال الفقهاء بذلك كثيرا، بل إن المشرع المصرى ابتغى ذلك صراحة من نص المادة ٢/١٧١ مدنى السابق الإشارة إليها.

٢–ما ذهبت إليه محكمة النقض بأن « التعويض العينى عن الفعل الضار هو الأصل، ولا يصار إلى عوضه، أى التعويض النقدى، إلا إذا استحال التعويض عينا »[٣]. فعلى الرغم من قدم هذا الحكم إلا أنه – على ما يبدو لى – أن هذه المحكمة لم تعدل عن

---

(١) د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص٨١٨، د. السنهورى، المرجع السابق، مصادر الالتزام، ف٦٤٥،ص١٣٥٥، مجموعة الأعمال التحضيرية، ج٢، ص٣٩٦.

(٢) د. نبيل سعد، المرجع السابق، ص٤٨٢، د. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دراسة فى القانون اللبنانى والقانون المصرى، دار النهضة العربية، ١٩٧١، ص٦٢٥.

(٣) نقض مدنى فى ١٩٤٨/١٢/١٦ (مجموعة عمر، ج٥، ص٦٨٢).

حكمها – هذا – إلى الآن، مما يؤكد أنها على قناعة تامة باعتبار التعويض العينى أصل فى المسئولية التقصيرية.

٣- للتعويض العينى، مكانا بارزا فى المسئولية التقصيرية. فالشخص الذى يتلف مالا مثليا لآخر لا يستطيع الحصول عليه بيسر، إما لندرته – بالرغم من كونه مثليا – وإما لسعره الزائد عن المقرر لمثله عادة، ويحدث هذا غالبا فى كثير من الدول التى تمر بأزمات اقتصادية. ومن ثم فإن إلزام المسئول بتعويض نقدى لا يجعله ينصف المتضرر فى إصلاح الضرر الذى أصابه، فكان التعويض العينى – حينئذ – أقرب إلى تحقيق العدالة، وأكثر إنصافا للمتضرر، ولذا فإنه يفضل عن غيره ما دام ذلك ممكنا.

٤- لا يقال إن التعويض العينى قاصر فقط على تعويض المتضرر عن عين الشئ التالف – مثلا –، وأن المدة ما بين التعويض والإتلاف تكون خالية من تعويض، بالرغم من حدوث ضرر خلالها للمتضرر، لأنه يحرم من الاستفادة من هذا الشئ خلال هذه المدة، ولا يمكن القول بأن التعويض العينى يشمل عين الشئ، وحرمان المتضرر من الاستفادة منه خلال مدة الضرر هذه. إلا أنه يمكن تدارك ذلك بالحكم بالتعويض العينى كجبر تام للمضرور غن الشئ التالف، فضلا عن الحكم بتعويض نقدى عن المدة ما بين التلف والتعويض إذا كان للتعويض – فى هذه الحالة – مقتضى، وهذه مسألة واقع يستقل بتقديرها قاضى الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض[1]، وفى هذه الحالة فقط يمكن الجمع

---

(١) نقض مدنى فى ١٩٦٤/٤/٣٠ (مجموعة أحكام النقض، س١٥، ص٦٣١)، نقض جنائى فى ١٩٧٤/٢/٣ (مجموعة أحكام النقض الجنائية، س٢٥، ص٨٠).

بين تعويضين، بخلاف التعويض النقدي. ومن أفضل الأمثلة على ذلك : أن يصدم شخص بسيارته سيارة شخص آخر، فيعوض المسئول المضرور بإصلاحه السيارة التالفة، بالإضافة إلى تعويض نقدى عن المدة ما بين الإتلاف والإصلاح، متى كان للتعويض مقتضى فى هذه الحالة – كما لو كانت السيارة التالفة سيارة أجرة، تدر عائدا يوميا للمضرور ،

وإذا كان هذا هو الرأى فى القانون المصرى، فإن القانون الفرنسى ليس أحسن حالا منه، إذ ذهب رأى في الفقه الفرنسى إلى أن التعويض فى المسئولية التقصيرية يكون حتما مبلغا نقديا، باعتبار أن النقود مقياس للقيم، ومن ثم فهى كافية لجبر الأضرار المادية، وشافية للأضرار الأدبية. (١)

وحجة هذا الرأى أن المادة ١٣٨٢ من القانون المدنى الفرنسى ألزمت محدث الضرر بالتعويض، من دون تحديد لنوع معين. بيد أن هذا الرأى ظل متعزلا فى الفقه وغريبا عن القضاء الفرنسى لعدة أسباب هى :-

١- المادة ١٣٨٢مدنى فرنسى بالرغم من أنها لم تحدد نوع معين للتعويض. إلا أنها تعطى للقاضى إمكانية تفسير النص بصورة واسعة وفقا لتقويم الوقائع والحوادث. وهذا ما اتجهت إليه محكمة النقض الفرنسية بقولها : « لقاضى الموضوع، فى حدود طلب المدعى، سلطة تقديرية مطلقة فى تحديد طريقة ومدى تعويض الضرر الناشئ عن الجنحة ». (٢)

---

(١) مشار إليه : د. محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، ج١، ص٤٨.

(٢) مشار إليه : د. محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، ج١، ص٤٨، هامش (٣).

٢- هذه المادة لا تستبعد الحكم بالتعويض العينى، وهو ما سلم به الفقه، وذهب إليه القضاء. حيث اعترفا بسلطة القاضي كاملة فى اختيار طريقة التعويض الأكثر ملائمة لطبيعة الضرر، لأن المادة ١٣٨٢ لم تحدد للتعويض طريقة أو شكلا معينا[١]، بل إننا نجد فى أحكام القضاء الفرنسى ما يؤيد الحكم بالتعويض العينى فى المسئولية التقصيرية، وذلك من خلال فكرة مفترضة للمادة ١١٤٢ مدنى فرنسى، إذ أن هذه المادة مبينة على مصطلحات عامة « كل التزام بعمل أو امتناع عن عمل »، إلا أن موضوع الالتزام يجب - وبصورة منطقية - أن يطبق على كل التزام أيا كان نوعه وأيا كان مصدره، مع مراعاة الهدف الأساسى من هذه المادة - ١١٤٢ مدنى فرنسى - والذى يتمثل فى استبعاد اللجوء إلى الإكراه البدنى. [٢]

ولما كان هذا الرأى مستغربا فى الفقه والقضاء الفرنسى، فإن رأيا آخر - أعتقد أنه راجحا - يذهب إلى القول بأن المساءلة فى المسئولية التقصيرية أقل صعوبة من المسئولية العقدية، وذلك لعدم وجود نص خاص بنوع التعويض. فالقاضى له سلطة كاملة فى اختيار طريقة التعويض الأكثر ملاءمة لطبيعة الضرر، لأن المادة ١٣٨٢ - السابق الإشارة إليها - لم تحدد طريقة للتعويض، هذا من جانب. ومن جانب آخر، فإن قوام المسئولية المدنية تصحيح التوازن الذى اختلف نتيجة وقوع الضرر، وذلك بإعادته إلى ما كان عليه، وذلك بإعادة المتضرر على حساب المسئول الملتزم بالتعويض إلى

---

(١) د. محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، ج١، ص١١، ص٤٨ وما بعدها.

(٢) المرجع السابق ص٥٢.

الحالة التى كان مفروضا أو متوقعا أن يكون عليها لو لم يقع الفعل الضار.[1]

ويبدو أن هذا الرأى هو المستقر عليه فقها وقضاء فى فرنسا الآن، حيث ظهر من أسباب الأحكام للقضاء الفرنسى ما ينبئ عن تحول القضاء إلى هذا الاتجاه، فقد جاء فى قرار لمحكمة استئناف ليون عام ١٩٥٤ أن للقضاة سلطة مطلقة فى تحديد أشكال التعويض، ولهم على الخصوص مكنة الأمر بالتعويض العيني طالما كان غير مخالف لبنود العقد، ولا ماس بالحرية الفردية[2]. وهذا ما يتفق كثيرا مع جبر الضرر بصورة أقرب إلى العدالة والمنطق السليم.

وإذا كان لنا أن نستنتج شيئا – بعد استعراض وافى لنطاق التعويض العينى فى المسئولية العقدية والتقصيرية – فإننا يمكن القول بأنه لا يوجد مبرر للتفرقة قضائيا فى المسئولية العقدية والتقصيرية، بين نوعى التعويض وما إذا كان نقديا أو عينيا. إذ يكمن دور القاضى فى اختيار طريقة التعويض الأكثر ملائمة لجبر الضرر، على أساس أن هدف المسئولية المدنية هو التصحيح وإعادة التوازن، وذلك بإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل حدوث الضرر. مع التسليم الكامل بوجود التعويض العينى فى كل من المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية، وإن كان فى كل منهما بصورة متفاوتة – على نحو ما أسلفنا –.

---

(١) المرجع السابق ص٤٩.

(٢) أشار إلى هذا القرار : د. محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، ج١، ص٥٤ وما بعدها.

أضف إلى ذلك أن المدين فى المسئولية العقدية ليس أفضل حالا ومعاملة منه فى المسئولية التقصيرية، حيث يقرر القاضى فى نوعى المسئولية، إنشاء التزام جديد فى ذمة المدين، وذلك بتعويض الدائن، كما أنه يخصص له طريقة للتعويض أكثر اكتمالا لطبيعة الضرر، إذ هو بدوره غير مقيد – قانونا – بطريقة محددة. فضلا عن أن التفرقة بين نوعى التعويض لا يكون لها وزن أو محل إلا فى حالة استبعاد التعويض العينى لاستحالته مثلا، كما لو صدمت سيارة شخص وأدى الاصطدام إلى بتر ساقه، فإن التعويض العينى فى هذه الحالة مستحيل، ومن ثم يكون الحكم بتعويض نقدى. وليس أدل على ذلك من أن الحكم برد مثل الأشياء المودعة – إذا سرقت أو تلفت – يكون واحدا فى نطاق المسئولتين، حيث يتم الرد وفقا لقواعد المسئولية العقدية إذا ما كان ذلك بخطأ المودَع لديه، بينما يكون رد مثل هذه الأشياء وفقا لقواعد المسئولية التقصيرية، إذا ما كان ذلك بخطأ الغير، وفى كلتا الحالتين يعد الحكم تعويضا عينيا للدائن.

وأخيرا نجد أن التعويض العينى يؤدى إلى رفع الغبن عن المضرور إذا ما حكم له بتعويض نقدى فى ظل عدم التوازن الاقتصادى وارتفاع الأسعار إلى الحد الذى يقتضى التدخل لفرض التسعيرة الجبرية[1]، خاصة إذا كانت الأشياء التالفة أو الهالكة تخضع لهذه التسعيرة. ولهذا فإننا نرى أنه لا يوجد ما يمنع من النص على التعويض العينى – متى كان ممكنا – فى نطاق نوعى المسئولية (العقدية والتقصيرية). على أن يكون هذا التعويض فقط

---

(١) د. محمود جمال الدين زكى، المرجعالسابق، ج١، صـــ٥٣ وما بعدها.

لجبر الضرر، خروجا به من أن يكون إثراء بلا سبب، أو انتقاصا من حق المضرور.

مع ملاحظة أن التعويض العينى - حينئذ - ليس عقوبة، إذ العبرة فيه أنه تقدير للتعويض، وهو يقدر بمقدار الضرر، لا بدرجة الخطأ، ولا عبرة فى تقدير التعويض بثراء المضرور أو فقره، كما أنه إذا كان الفعل المسبب للضرر متغيرا ومستمرا، فإن للمتضرر أن يطالب القاضى بالحكم له بوقف هذا العمل، أو اتخاذ الإجراءات اللازمة لمنع الضرر الناشئ عنه، باعتبار أن التعويض يرجى به الإصلاح، وإصلاح الضرر يكون - قبل كل شئ- بمحو سببه متى كان ذلك ممكنا.[1]

❁❁❁

(١) د. محمود عبد الرحمن، المرجع السابق، ص١١٨، د. محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص٨، د. محمد أحمد عابدين، التعويض بين الضرر المادى والأدبى والمورث، منشأة المعارف ١٩٩٥، ص١٢٨.

المبحث الرابع
سلطة القاضى إزاء التعويض العينى

تمهيد وتقسيم :-

عرفنا فى المبحث السابق أن القضاء – بما له من خبرة وما يتمتع به من سلطة – هو الجهة التى تعين طريقة التعويض المناسبة لجبر الضرر، بحيث تكون هذه الطريقة المختارة – من جهة القضاء–، هى الطريقة المثلى لحل إشكاليات التعويض.. وهذا ما جعل التشريعات المختلفة تتبنى هذه الفكرة وتنص عليها صراحة[1]، وذلك تجنبا للإشكالات العديدة التى يمكن أن تحدث لو أن المشرع نص على إلزام القاضى بإتباع طريقة بعينها للقضاء بها فى كل أنواع الضرر الحاصل، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، نجد أن الأضرار التى يمكن أن تقع فى الحياة العملية لا حصر لها، وليس بإمكان أى مشرع أن يحيط بها إحاطة تامة، ومعنى ذلك فإن افتراض أو إلزام القاضى بطريقة محددة لكل ما يستجد أمامه من قضايا تعويض، لا يحقق العدالة فى كل الأحوال. ولهذا فإن المشرع الفرنسى لم يحدد طريقة معينة للتعويض، بل منح لقاضى الموضوع فى حدود طلب المدعى سلطة تقديرية مطلقة فى تحديد التعويض

---

(١) نص على ذلك القانون الفرنسى فى المادة ١٣٨٢ مدنى، حيث تعطى للقاضى إمكانية تفسير النص بصورة واسعة وفقا لتقويم الوقائع والأحداث (راجع ص ٦٠ من هذا البحث) كما نص على ذلك أيضا المشرع المصرى فى المادة ٢/١٧١ مدنى. حيث ذكرت أنه « يجوز للقاضى، تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع، وذلك على سبيل التعويض».

الأكثر ملاءمة لطبيعة الضرر [1]. وسار على نهجه المشرع المصرى الذى أعطى سلطة واسعة فى تحديد طريقة التعويض، مستعينا فى ذلك بظروف الواقعة المعروضة، وطلب المضرور [2]، ومعنى ذلك أن للقاضى سلطة تقديرية فى اختيار الطريقة المثلى للتعويض. والسؤال الذى يطرح نفسه، هل القاضى حر فى اختيار طريقة التعويض ؟ أم أنه مقيد فى ذلك بقيود ؟ للإجابة عن هذه التساؤلات ينبغى علينا بداية أن نتعرف على معنى السلطة التقديرية للقاضى، ومراحل إعمالها، ثم نطبق ذلك على التعويض العينى لنرى بعد ذلك مدي حرية القاضى فى اختيار طريقة التعويض، ولهذا فإننا سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين الآتيين :-

۞۞۞

المطلب الأول

مضمون السلطة التقديرية للقاضى

تعنى السلطة التقديرية للقاضى، ذلك العمل الذى يمارسه القاضى من خلال سلطته القضائية، وذلك بإنزال حكم القانون على واقع النزاع المطروح، وهو من خلال عمله هذا ينتهى بإنزال حكم القانون، باعتبار أن هذا الحكم إنما يعبر عن نتيجة القياس القانونى المستمد من نشاطه الذهنى، بإنزال حكم القانون على واقع النزاع المطروح. وهو فى هذا إنما يختار بين مجموعة من الأحكام التى اقترحها فى ذهنه، مستعينا بحكم القانون فى المسألة المعروضة،

---

(١) مشار إليه : د. محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، ج١، ص٤٨.

(٢) م ٢/١٧١ مدنى مصري.

وهذا لن يتأتى إلا إذا كان هناك عدد من القرارات المتاحة[1]. لهذا فإن الصفة التقديرية فى سلطة القاضى إنما تنشأ من حالة قانونية معينة مصدرها القانون. بمعنى أنه يجب أن نتصور دائما أن فكرة السلطة التقديرية مرتبطة بالتنظيم القانونى دون الفصل بينهما. فالسلطة التقديرية للقاضى لا تظهر إلا فى نظام الدولة القانونية، فحيث لا تكون الدول القانونية فلا مجال للحديث عن السلطة التقديرية، لأننا فى هذه الحالة سنكون فى إطار سلطة تحكمية لا تقديرية، ويمكن القول بأن السلطة التقديرية للقاضى تمارس عن طريق ضوابط لا تسمح بفرض التحكم والاستبداد، فالقاضى حينما يعمل تقديره عن الأثر القانونى فى النص، إنما يطبق فى الوقت ذاته القاعدة القانونية فى مضمونها وما ترمى إليه من أهداف. [2]

وإذا كان من المؤكد – وفقا لهذا – أن نشاط القاضى الذهنى بصدد إعماله لسلطته التقديرية إزاء الدعاوى المطروحة أمامه، هو المعنى الحقيقى للسلطة التقديرية للقاضى، فإن هذا النشاط الذهنى يمر بمرحلتين :– [3]

الأولى :– تتعلق بفهم القاضى للقاعدة القانونية، وذلك فى جانب مجموع العناصر التى تخيلها المشرع، وصاغها فى القاعدة القانونية بشقيها : المقدمات والنتائج. فإذا طرح النزاع على القاضى، فإنه

(١) د. نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضى التقديرية فى المواد المدنية والتجارية، ط١، منشأة المعارف، ١٩٨٤، ف٢١، ص٣٠ وما بعدها.

(٢) د. أحمد محمود السعد، مفهوم السلطة التقديرية للقاضى المدنى، ط١، دار النهضة العربية ١٩٨٨، ص٣٥ وما بعدها.

(٣) راجع فى ذلك تفصيلا : د. أحمد محمود السعد، المرجع السابق، ص٤٦٥ وما بعدها.

يبحث أولا عن القاعدة الواجبة التطبيق فى هذا المجال، ويقوم بنشاط ذهنى يهتدى من خلاله إلى القاعدة المحتملة للتطبيق، وهو بذلك يعمل – جاهدا – على التقريب بين الواقع وبين قاعدة قانونية يراها جديرة باحتوائها هذا الواقع المطروح. وعلى ضوء فهمه للقاعدة القانونية، وهدفها، وما ترمى إليه، يكون قد انتهى فى هذه المرحلة من نشاطه الذهنى إلى تكييف أولى، حدد بموجبه القاعدة القانونية المحتملة للتطبيق، ثم ينتقل بفكره إلى المقارنة بين مجموع الوقائع المطروحة من جانب الخصوم، وبين النماذج الواردة فى القاعدة القانونية التى توصل إليها.

الثانية :- يستمر نشاط القاضى الذهنى بإجراء القياس القانونى – كما فى المرحلة الأولى – لينتقل – بفكره أيضا – من نطاق القاعدة القانونية المحتملة التطبيق، إلى نطلق القاعدة القانونية الواجبة التطبيق، وتلك هى المرحلة الثانية لضرورة توافر السلطة التقديرية للقاضى، حيث يجرى القاضى نشاطا ذهنيا ينصب على قياس قانونى تكون نتيجته بالضرورة، صلاحية القاعدة القانونية المقترحة للتطبيق على الوقائع المعروضة، باعتبار أن هذه القاعدة بمضمونها ومعناها ومرماها هى الواجبة التطبيق – حينئذ –.

وإذا كانت السلطة التقديرية للقاضى بهذا المعنى، مرورا بهاتين المرحلتين، فإن إعمالها فى نطلق التعويض العينى يكون متاحا، خاصة إذا علمنا بأن المشرع المصرى، ومثله الفرنسى، لم يحدد طريقة معينة للتعويض، مثلما وجدنا فى التمهيد لهذا المبحث. حيث لابد أن يتمتع القاضى – بناء على ذلك – بحق إصدار الأوامر والأحكام التى تؤدى إلى تجنيب وقوع الضرر أو منع استمراره، وهو فى ذلك قد يختار طريقا معينا للتعويض، دون أن يراقب فى

ذلك من محكمة النقض، باعتبار أن ذلك مسألة واقع. فهو الأقدر على اختيار طريقة مثلى تناسب الضرر الحاصل، وله فى ذلك أن يختار فى كل حالة معروضة طريقة تناسبها، وهو فى ذلك يرجح بين المصالح المتعارضة، ودوره فى هذا ليس استنباطا، بل إنه يحتمل - إضافة إلى وظيفته فى قول الحق- نوعا من تنظيم المصالح. ويمكن من خلال هذا العرض أن نستنتج الآتى :-

١- لا ضرورة لرفض التعويض العينى المستمد من سلطة القاضى التقديرية فى التشريعات الحديثة، وذلك لأن مصدر الحق فى التعويض ليس هو الحكم الصادر عن دعوى المسئولية، فالحكم ليس إلا مقررا لهذا الحكم لا منشأ له[١]، وحق المتضرر فى التعويض إنما نشأ عن إخلال بالتزام (عقدى أو قانونى)، مما رتب الالتزام بالتعويض فى ذمة المسئول من وقت قيام أركان المسئولية (الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما). وعلى ذلك فإن القانون وليس القاضى هو الذى ينشئ الالتزام بالتعويض، وأن الطريقة المناسبة لجبر الضرر إنما يستقل بها قاضى الموضوع، مراعيا فى ذلك – كما سيأتى – ظروف الواقعة وطلب المضرور.

٢- أى اعتراض على السلطة التقديرية للقاضي يكون عديم الفائدة لعدد محدود من حالات التعويض العينى، وبخاصة فى حالات إصلاح الضرر وإزالة المخالفة، والمنافسة غير المشروعة. وغيرها من الحالات التى يكون فيها حكم القاضى مرتكزا على إزالة الغموض ومحو آثار الضرر الحاصل. خاصة إذا كان التعويض العينى لا يقتصر على إعادة الحال إلى ما كان عليه، إذ أن مجرد صدور قرار يكفى، كما فى الضرر الأدبى، فضلا عن أن التنفيذ قد

---

(١) د. السنهورى، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ف٦٣٨، ص ١٣٤٨.

لا يتم من المسئول نفسه، كما فى حالات التنفيذ على نفقة المسئول، حيث لا يعد الحكم بنفقات هذا التنفيذ تعويضا نقديا، بل هو تعويض عينى أو على الأقل تعويض بمقابل.



المطلب الثانى

مدى حرية القاضى فى اختيار طريقة التعويض

للحديث عن مدى حرية القاضى فى اختيار طريقة معينة للتعويض ينبغى علينا – بعد أن بينا سلطته التقديرية – أن نوضح حريته فى هذا الاختيار، ثم نعقب على ذلك بالقيود التى قد ترد على حرية القاضى فى عملية الاختيار هذه. ولهذا فإننا سوف نتناول هذا المطلب فى النقطتين الآتيتين :-

أولا : حرية القاضى فى اختيار طريقة التعويض :-

إن مبدأ حرية القاضى فى اختيار طريقة التعويض لا يظهر أى نزاع جدى، ومن يعترض على ذلك مقررا الاعتراف للمضرور بحق اختيار التعويض، فإنه يخلط بين التنفيذ العينى والتعويض العينى، من جهة، وبين التعريف السائد للتعويض العينى بوصفه تعويضا يزيل المخالفة أو تعويضا مثاليا، من جهة أخرى.

ذلك أن عدم تحديد طريقة معينة للتعويض من قبل المشرع، بالإضافة إلى الاعتراف للقاضى بسلطته التقديرية – على نحو ما أسلفنا – إنما يعطى للقاضى حرية كاملة فى اختيار الطريقة المثلى للتعويض، وهو إزاء ذلك إنما يعمل جاهدا على جبر ضرر المضرور بصورة تحقق العدالة، وتكون أقرب ما يكون إلى الحقيقة، أو ما يسمى بالترضية المطلقة للمضرور.

ويلاحظ أن حرية القاضى فى اختيار طريقة التعويض إنما تتطلب عدم جواز طلب ذلك من المضرور، أو عرض ذلك من المسئول. ومما لا شك فيه أن فى ذلك إهدار لإرادة الطرفين، ومن ثم كان لابد من الاعتراف لهما بقدر يمثل – ولو الحد الأدنى – للتعبير عن إرادتهما، وهو ما راعاه المشرع المصرى صراحة

بالنص على أن « الشئ المستحق أصلا هو الذى به يكون الوفاء، فلا يجبر الدائن على قبول شئ غيره، ولو كان هذا الشئ مساويا له فى القيمة أو كانت له قيمة أعلى »[1]. ومعنى ذلك فإن المضرور لا يجبر على قبول شئ قد لا يرضاه، بالرغم من أن النص المذكور خاص بعملية التنفيذ، إلا أنه بالقياس يستطيع المضرور أن يرفض الطريقة التى ارتأها القاضى محققة لجبر الضرر. فإذا كان التنفيذ حقا للدائن، فإنه يجب على القاضى أن يقرره، كما يستطيع المدين دائما فرضه على الدائن، ولا يكون المدين موفيا لالتزامه إلا إذا نفذه أو عرض تنفيذ[2]. كما لا يستطيع المدين أن يتخلص من التزامه هذا إلا إذا كان التنفيذ العينى مستحيلا أو مرهقا للمدين بدرجة لا تتناسب مع ما يصيب الدائن من ضرر. [3]

ويرى البعض أن القاضى – بالرغم من سلطته التقديرية فى اختيار طريقة التعويض – يكون ملزما بالحكم بالتعويض العينى، متى كان ممكنا وطلبه الدائن أو تقدم به المدين[4]، على أن يراعى القاضى فى ذلك ظروف الحال وطبيعة الدعوى المعروضة عليه. فإذا كان التعويض العينى متعذرا، فإنه يتعين اللجوء إلى التعويض بمقابل، فمثلا فيما يتعلق بمضايقات الجوار، لا يستطيع القاضى أن يحكم بغلق المحلات المقلقة للراحة أو المضرة بالصحة، إذا سمحت لها جهة الإدارة بالتشغيل.

---

(١) م / ٣٤١ مدنى مصرى.
(٢) د. السنهورى، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ف٦٤٣، ص١٣٥٤.
(٣) م ٢٠٣ مدنى مصرى.
(٤) د. أنور سلطان، المرجع السابق، ف٤٤٩، ص٣٨٠، د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص٨١٨.

غير أن غالبية الفقهاء[1] ذهبوا إلى أن التعويض العينى منوط بطلب الدائن، وللقاضى سلطة تقديرية فيما إذا كان التعويض العينى المطلوب ملائما أو غير ملائم لجبر الضرر الحاصل، وهو فى ذلك لا يخضع فى هذا التقدير لرقابة محكمة النقض.

وقد استند أصحاب هذا الرأى إلى النص الواضح والصريح للمادة ١٧١ مدنى، حيث ذكرت أنه « يجوز للقاضى، تبعا للظروف، وبناء على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع، وذلك على سبيل التعويض ». وبناء عليه فإن القاضى يملك سلطة اختيار طريقة التعويض التى يراها أكفل من غيرها فى جبر الضرر، ويسترشد فى ذلك بطلبات المضرور وظروف الحال، ولا يخضع فى ذلك لرقابة محكمة النقض.[2]

وأرى أن الأمر جوازى للقاضى، غير أن ظروف الحال وطلب المضرور الحكم بالتعويض العينى، ما هو إلا مرجح لاختيار القاضي طريقة التعويض العينى، فإذا ارتأى القاضى أن طريقة أخرى أكثر ملائمة لجبر الضرر، فلا تثريب عليه إن حكم بها، على أن يكون حكمه مبنيا على أسباب سائغة.

---

(١) د. إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص١١١، د. محمود عبد الرحمن، المرجع السابق، ص١١٣، د. نبيل سعد، المرجع السابق، ص٤٨٢، د. رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص٣٩٣.

(٢) د. إسماعيل غانم، المرجع السابق، ف ٤٦، ص١١١.

ويلاحظ أن مبدأ حرية القاضى فى اختيار طريقة التعويض يبدو جليا من خلال التطبيق العملى المتمثل فى عملية البناء فى عقد المقاولة[1]. لأننا فى هذا العقد – تحديدا – نكون أمام حالتين :-

١- قبل تسليم الأعمال ودفع الأجرة، فإن أى عيب أو نقص فى البناء يرتب حكم القاضى بإجبار المقاول على إصلاحه أو إكماله، وهو فى ذلك إنما يقوم بتنفيذ عينى.

٢- بعد تسليم الأعمال ودفع الأجرة، فإن أى خلل أو عيب خلال مدة الضمان العشرى، فإن ضمان المقاول يكون بتعويض رب العمل عن العيوب التى تظهر فى خلال تلك المدة، بحيث يكون حكم القاضى بإصلاح هذه العيوب تعويضا عينيا.

ويمكن لنا أن من خلال هذا العرض أن نستنتج الآتى:

أولاً : لا ضرورة لرفض التعويض العينى المستمد من سلطة القاضى التقديرية فى التشريعات الحديثة . وذلك لأن مصدر الحق فى التعويض ليس هو الحكم الصادر عن دعوى المسئولية، فالحكم ليس إلا مقررا لهذا الحق لامنشأ له، وحق المتضرر فى التعويض إنما ينشأ عن العمل غير المشروع الذى أتاه المسئول فرتب فى ذمته الالتزام بالتعويض من وقت قيام أركان المسئولية(الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما) ، ومن ثم فإن القانون وليس القاضى هو الذى ينشيء الالتزام بالتعويض ، وأيا كانت طريقة التعويض.

ثانياً : الاعتراض على سلطة القاضي التقديرية يكون عديم الفائدة لعدد معين من حالات التعويض العينى ، وبخاصة فى

---

(١) م ٦٥١ مدنى مصرى.

موضوع المنافسة غير المشروعة، وذلك لأن القاضى يحكم بتنظيم الممارسة لتجنب الغموض وإزالته.

خلاصة القول فإن التنفيذ العينى – متى كان ممكنا وغير مرهق للمدين – واجب على القاضى أن يقضى به إذا طلبه الدائن، فإن كان هناك إرهاق فى التنفيذ أو استحالة، فإن القاضى يلجأ إلى التعويض، ويعمل فيه سلطته التقديرية بشأن اختيار طريقة التعويض، فإذا طلب الدائن طريقة معينة، وكانت ظروف الحال تناسبها، لم يكن القاضى مجبرا على اختيارها دون غيرها، بل الأمر جوازى للقاضى، ومرد هذا الجواز اختيار الطريقة الأنسب لجبر الضرر، والأقرب لتحقيق العدالة، على نحو ما رجحنا.

ثانياً :- القيود التى ترد على حرية القاضى فى اختيار طريقة التعويض :-

علمنا فيما سبق أن مبدأ حرية القاضى فى اختيار طريقة التعويض قد رسم لنا الدائرة التى يمارس فيها القاضى هذه الحرية، وأن طلب التعويض العينى من المتضرر لا يقلل من هذه الحرية. غير أن بعض القيود قد ترد على حرية القاضى هذه، ففضلا عن طلب التعويض العينى من المضرور، نجد أن هذا الطلب قد يعرضه المسئول، فإذا عرضه المسئول، هل يعد ذلك استبعادا لسلطة القاضى حينئذ ؟، بل قد يصل الأمر إلى حد اتفاق المضرور والمسئول على فكرة التعويض العينى، فإذا كان الأمر كذلك، فهل يعد هذا انتقاصا من مبدأ حرية القاضى تلك ؟. فى صدد الإجابة عن هذه التساؤلات نقف على بعض القيود التى تحد من سلطة القاضى فى اختيار طريقة التعويض، ويمكن توضيح ذلك فى النقاط التالية:-

١- طلب التعويض العينى من المضرور :-

المبدأ فى القانون المصرى أن للقضاء كامل الحرية فى أن ينتقل من التعويض النقدى إلى التعويض العينى، متى طلبه المضرور، وكانت ظروف الحال تسمح بهذا الانتقال. ومعنى ذلك أن حرية القاضى لا تتقيد بطلب المضرور بالتعويض العينى، وذلك على عكس ما لو طلب التنفيذ العينى، إذ لا يجوز للقاضى فى الحالة الأخيرة أن يحكم بالتعويض، متى كان التنفيذ العينى ممكنا، وغير مرهق للمدين، وذلك إعمالا لضرورة التفرقة بين التنفيذ العينى والتعويض العينى – على نحو ما سبق –[١] إما إذا طلب المضرور التعويض مباشرة، عند الإخلال بالالتزام، فإن بإمكان القاضى رفض هذا الطلب، والحكم بالتنفيذ العينى الممكن. غير أن هذا الحكم لا يعفى المسئول من التعويض عن التأخير فى التنفيذ. ذلك أن خطأ المسئول لا يتوقف – فى المسئولية العقدية – على عدم التنفيذ فحسب، بل يترتب الخطأ كذلك عن التأخير فى التنفيذ، أو التنفيذ المعيب[٢]. وفى مجال المسئولية التقصيرية ينشأ حق المضرور فى التعويض من العمل غير المشروع الذى أتاه المسئول، فرتب فى ذمته الالتزام بالتعويض من وقت قيام أركان المسئولية، لا من وقت الحكم الصادر فى دعوى المسئولية، فالحكم ليس إلا مقررا لهذا

---

(١) راجع ص٢٦ من هذا البحث، راجع أيضا : نقض فرنسى فى ٣ ديسمبر سنة ١٩٦٣، مشار إليه : د. محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، ص٥٨، هامش (٦٠). حيث ذكر سيادته أن القضاء الفرنسى رفع –حديثا – عن قضاة الموضوع إزاء التنفيذ العينى، كل سلطة تقديرية، بحيث لا يستطيعون، متى كان التنفيذ العينى ممكنا، إلا إجابة طلب الدائن له.

(٢) راجع فى ذلك تفصيلا : كتابنا « الوجيز فى مصادر الالتزام » الجزء الأول، ١٩٩٨م، ص ٢٠٣ وما بعدها.

الحق لا منشأ له[1]. كما أن إلزام المدين بالتعويض لا يعنى إنشاء التزام جديد فى ذمته، إنما هو طريق لتنفيذ الالتزام الثابت فى ذمته من قبل. [2]

ومما تجدر الإشارة إليه أن القضاء الفرنسى كان يتمسك بأنه إذا لم يطلب المدعى سوى التنفيذ العينى للالتزام ورفض هذا الطلب – لكونه مستحيلا أو مرهقا –، فإنه ليس للقاضى منح المدعى تعويضا لم يطالب به[3]. إلا أن القضاء الفرنسى هجر هذا الاتجاه وسمح بأن يكون طلب التعويض مدرجا ضمن الطلب الأصلى بالتنفيذ العينى، ثم يجوز للقاضى – حينئذ – أن يلجأ إلى التعويض بمقابل. إذ يظل الحكم به خاضعا لمطلق تقدير القاضى، الذى يكون له أن يجيبه إليه، أو يحيد عنه (التعويض العينى)، وذلك إلى التعويض بمقابل.[4]

كما أن للقاضى – أيضا – أن ينتقل من التعويض النقدى إلى التعويض العينى، إذ أن موضوع المسئولية إنما يكون التعويض بصورة عامة، وليس طريقة مشابهة للتعويض المطلوب. ومن ثم فإن للقاضى، من خلال هذه القاعدة، أن ينتقل من التعويض النقدى إلى التعويض العينى، إذ أن القاضى حر فى اختيار الطريق الذى يراه أسهل لتنفيذ حكمه، وأنفع للدائن، وأقل ضررا بالمدين. ومعنى

---

(١) د. السنهورى، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ف٦٣٨، ص١٣٤٨.
(٢) د. إسماعيل غانم، المرجع السابق، ف٥، ص٧.
(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٢، ص٥١٠، حيث ذكرت أن « التعويض لا ينزل من التفنيذ العينى منزلة التزام تخييرى أو بدلى ».
(٤) نقض فرنسى فى ١٩ فبراير سنة١٩٤١، مشار إليه : د. محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، ج١، ص٥٧، هامش (٥٠).

ذلك أن طلب المتضرر بالتعويض بطريقة معينة، لا يقلل من حرية القاضى لاختيار طريقة التعويض.

بيد أن نص المادة ٢/١٧١ مدنى مصرى توحى بأن القاضى لا يجوز له الحكم بالتعويض العينى إلا بناء على طلب المضرور، وظروف الحال. ومعنى ذلك فإن حرية القاضى بشأن طلب المضرور التعويض العينى، تكون مقيدة بهذا الطلب، متى كانت الظروف تسمح بذلك، ومن ثم إذا طلب المضرور الحكم بالتعويض العينى، وكانت ظروف الحال مما تقتضيه، ولم يجبه القاضى إلى طلبه، كان حكما منقوضا، لأنه بنى على أسباب غير سائغة من الناحية القانونية، كذلك إذا طلب المضرور التعويض النقدى، فلا يستطيع القاضى الحكم بإلزام المسئول بشئ آخر، كإصلاح الشئ التالف، ولو عرض المسئول ذلك. (١)

ومن أهم التطبيقات العملية لهذه الحالة ما نصت عليه المادة ٨٦٠ مدنى مصرى بقولها : « إذا انهدم البناء وجب على صاحب السفل أن يعيد بناء سفله، فإذا امتنع جاز للقاضى أن يأمر ببيع السفل إلا إذا طلب صاحب العلو أن يعيد هو بناء السفل على نفقة صاحبه. وفى الحالة الأخيرة – يجوز لصاحب العلو أن يمنع صاحب السفل من السكنى والانتفاع حتى يؤدى ما فى ذمته، ويجوز له أيضا أن يحصل على إذن فى إيجار السفل أو سكناه استيفاء لحقه ».

ومعنى ذلك فإن بناء السفل – الذى هو تعويض عينى لصاحب العلو – لا يكون إلا بطلب صاحب العلو، ولو على نفقة صاحبه. وأيضا، يجوز لصاحب الأرض أن يطلب إزالة المنشآت التى أقامها

---

(١) د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص١٨١، د. أنـور سـلطان، المرجع السابق، ف٤٤٩، ص٣٧٩ وما بعدها.

الغير على أرضه، وهو يعلم أنها مملوكة لغيره، وذلك على نفقة من أقامها – كتعويض عيى – مع عدم الإخلال بأى تعويض آخر إن كان له مقتضى. (١)

فطلب المضرور فى مثل هذه الحالات إنما يعد قيدا يحد من حرية القاضى فى اختيار طريقة التعويض، وإن كنت أرى أن الأمر – بالرغم من ذلك – مازال جوازيا للقاضى، حيث يكون له أن يقدر – تبعا للظروف – ما إذا كان التعويض العينى الذى يطلبه المتضرر مناسب أم غير مناسب، فهو الأقدر على تحديد الطريقة التى تؤدى إلى جبر الضرر، وأنسب للمضرور، وأقرب إلى العدالة التى يسعى إلى تحقيقها، باعتبار أن الحكم عنوان الحقيقة.

إلا أن بعض الفقهاء جزم بأن الأنسب هو الاقتصار على التعويض النقدى، إذ يتميز ببساطته، كما أن صدور الحكم به كفيل بحسم النزاع، أما الحكم بالتعويض العينى فقد يكون فى بعض الأحوال سببا لمنازعات جديدة. (٢)

ولا أرى سببا لهذا الجزم، فإنه إن بنى على الغالب الأعم، إلا أنه يتجاهل الواقع فى كثير من الأحيان، ومن ثم كان لزاما علينا أن نترك عملية الحسم هذه لجهة التخصص – وهى القضاء –، فكما يقال : القاضى هو الذى يقدر ظروف كل قضية، ويقضى فيها بما يحقق النفع والصالح العام لجميع الأطراف فيها، ولذا فإننا نفضل ترك تحديد طريقة التعويض لمحض السلطة التقديرية لقاضى الموضوع، على أن يكون حكمه مبنيا عل أسباب سائغة، وإلا كان طلب المضرور الحكم له بتعويض عينى هو الأولى بالاعتبار.

---

(١) م١/٩٢٤ مدنى مصرى.

(٢) د. إسماعيل غانم، المرجع السابق، ف٤٦، ص١١٠.

٢- عرض التعويض العينى من المسئول :-

تقتضى الموازنة بين مصلحة المسئول ومصلحة المضرور إمكانية قيام المسئول بعرض التعويض العينى، بيد أن هذه الموازنة تثير العديد من الفروض القانونية، قد يترتب عليها اعتبار هذا العرض من المسئول مقيدا القاضى فى اختيار طريقة التعويض.

فإذا أخذنا فى الاعتبار أن عرض التعويض العينى من المسئول حق له، فهل يلزم القاضى بالحكم به، وهل يملك المضرور رفض هذا العرض ؟. يمكن القول بأن حق المسئول فى عرض التعويض العينى يقض بإلزام القاضى أن يحكم به، مثلما ألزمه القائلون بطلب المضرور فى الفقرة السابقة[١]. وإذا كان لزاما عل القضى أن يستجيب لعرض المسئول، فإن العقبة فى هذه الحالة هى رفض المضرور لهذا العرض ذلك أن فكرة التنفيذ على نفقة المدين لا يفرض على الدائن، كما أن المضرور لا يلتزم دائما بقبول العرض المقدم من المسئول بالتعويض العينى، وأيضا فإن إزالة المخالفة يمكن أن تكون تنفيذا مفروضا على الدائن. وفى هذه الحالة الأخيرة لا يملك المضرور أن يرفض عرض المسئول، ومن ثم يعتبر هذا العرض قيدا على حرية القاضى فى اختيار طريقة التعويض، خاصة إذا كان المعروض هو التعويض بمادة مساوية تماما للمادة التالفة، لأنه إذا كان الأمر كذلك فلا يملك المضرور أن يرفض هذا العرض من المسئول وإلا عد متعسفا، لأنه يبغى فقط الوصول عل عين حقه، والقاضى يلتزم فى هذه الحالة أن يستجيب لعرض المسئول، مع عدم الإخلال بأى تعويض إضافى إذا كان له مقتضى.

---

(١) د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص٨١٨، د. أنور سلطان، المرج السابق، ص٣٧٩.

فإذا أخذنا فى الاعتبار من جهة أخرى أنه لا يحق للمسئول عرض التعويض العينى، باعتبار أنه مطالب فقط بالتعويض لا باختيار الطريقة الى يتم بها تعويض المضرور، فإن القاضى فى هذه الحالة يستعيد حريته الكاملة فى اختيار هذه الطريقة، سواء كان الحق للمضرور فى قبول هذا العرض أم رفضه، إذ لا يعطى هذا الحق بداية للمسئول، فلا يملك القاضى حينئذ إلا أن يعمل سلطته التقديرية إزاء الطريقة التى يتم بها التعويض، ومن ثم لا قيد على حريته حينئذ.

ويمكن القول عموما بأن عرض التعويض العينى من المسئول إما أن يكون حقا له أو لا ؟ وفى كل فرض إما أن يكون من حق المضرور أن يقبله أو يرفضه. فإذا كان حقا للمسئول وقبله المضرور فلا إشكال. أما و رفضه المضرور، فإما أن يكون التعويض العينى مماثل تماما للشئ التالف أو الهالك أم لا ؟ فإن كان مماثل له، ويتحقق ذلك فى المثليات، فإن رفض المضرور لهذا العرض يكون تعسفا، لأنه بهذا العرض يصل إلى عين حقه، ومن ثم يعتبر رفضه غير مقبول، وفى هذه الحالة لا يكون للقاضى حرية فى اختيار طريقة التعويض، لأنه بإجابة المسئول لعرضه يكون قد أصدر حكمه فى التعسف الموجود من قبل المضرور، وحكمه فى هذه الحالة ملزم له. أما إن كان المعروض لا يمثل الشئ التالف تماما، كما فى القيميات، فإن من حق المضرور أن يرفض هذا العرض، إذ لا يجبر الدائن على قبول شئ غير حقه، ولو كان هذا الشئ مساويا له فى القيمة أو كانت له قيمة أعلى[1]. وفى هذه الحالة يسترد القاضى حريته الكاملة فى اختيار طريقة التعويض. أما إذا

---

(١) م ٣٤١ مدنى مصرى.

كان عرض التعويض العينى ليس حقا للمسئول، فإن القاضى يتمتع بحرية كاملة فى اختيار طريقة التعويض، بغض النظر عن قبول المضرور له أو رفضه، إذ لا يقوم القبول أو الرفض هنا على أساس، بل يعتبر كان لم يكن، باعتبار أن المسئول لا يملك هذا الحق.

غير أننا بدأنا هذه الجزئية بالقول بأن الموازنة بين مصالح المضرور والمسئول تقتضى إمكانية عرض التعويض العينى من المسئول. ومن ثم نرجح هذا القول، خاصة إذا ارتأى القاضى أن المعروض كاف لجبر ضرر المضرور وأقرب إلى العدالة من غيره. إذا أن القول بغير ذلك يعتبر تحكما لا مبرر له. كما أن هذا القول لا يلغى تماما حرية القاضى فى اختيار طريقة التعويض، لأنه يلائم بين ما عرضه المسئول والشئ المعوَّض عنه. وهذا ما ذهبت إليه مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المصرى إذ نصت على أنه « فى حالة عرض التعويض العينى من المسئول، يبقى القاضى حرا ضمن هذا العرض ».[1]

وبهذا الاتجاه سارت محكمة النقض المصرية، إذ قضت بأن « التعويض العينى هو الأصل، ولا يصار إلى التعويض النقدى إلا إذا استحال التعويض العينى. فإذا رفع المتضرر دعواه مطالبا بتعويض نقدى، وعرض المدعى عليه التعويض عينا – كرد الشئ المغتصب – وجب قبول عرضه، بل لا تكون المحكمة متجاوزة سلطتها إذا

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، ج٢، ص٣٠٨.

هى أعملت موجب هذا العرض، ولو لم يطلب المدعى ذلك.أو أصر على ما يطلبه من تعويض نقدى ».[1]

وأرى أن تقدير القاضى فى هذه الحالة هو المعوّل عليه، لأنه يأخذ بنظر الاعتبار ظروف كل حالة على حدة، وأن عدم وجود حق للمسئول فى عرض التعويض العينى لا يمكن أن يصل إلى تعسف المضرور، ولكن إلى تقدير القاضى الذى يستطيع أن يحكم بالتعويض العينى بالرغم من رفض المضرور المتعنت حينئذ.

٣- اتفاق المضرور والمسئول على التعويض العينى :-

الفرض فى هذه الحالة أن المسئول اتفق مع المضرور أن تكون طريقة التعويض هى التعويض العينى، فهل مثل هذا الاتفاق يمكن أن يلغى حرية القاضى فى تحديد طريقة التعويض ؟

يمكن القول بأن حرية القاضى في اختيار طريقة التعويض ليست قاعدة عامة، ومن ثم يمكن تقرير حق الاختيار لاتفاق الطرفين، ذلك أن هدف تقدير القاضي محدد بحماية مصالح الأطراف، وخاصة المسئول ضد تعويض عينى مرهق، وأيضا المضرور ضد تعويض عينى لا يجبر الضرر، ولهذا فإن هذا الاتفاق يحقق الغرض من التعويض ويؤدى إلى حسم هذا النزاع،

---

(١) نقض مدنى فى ١٩٤٨/٢/١٦ (مجموعة عمر، ج٥، ص٦٨٢)، وانظر : د. سليمان مرقص، الوافى فى شرح القانون المدنى، المرجع السابق، ص٥٣١ حيث أشار سيادته إلى هذا الحكم أيضا.

ومن ثم إذا وجد فإنه يغل يد القاضي عن اختيار طريقة التعويض.[1]

غير أن هذا الاتفاق قد يتخذ إحدى صورتين :-

الأولى :- أن يتم الاتفاق على التعويض مقدما قبل وقوع الضرر، وذلك هو الشرط الجزائى، إذ أن فى إمكان المتعاقدين أن يتفقا مقدما على تحديد مسئولية من يخل منهما بتنفيذ التزامه أو يتأخر فى هذا التنفيذ. وغالبا ما يدرج هذا الشرط فى بنود العقد عند إبرامه، أو فى اتفاق لاحق. ويلاحظ أن صحة الشرط الجزائى فى نطاق العلاقات التعاقدية لا يرقى إليها الشك لصراحة النصوص[2]. بل إنه لا شك فيه فى القانون الفرنسى كذلك، حيث عرفه القانون الفرنسى وحدد آثاره فى المواد / ١١٥٢، ١٢٢٦، ١٢٣٣ منه، كما صرحت بصحته أيضا قانون التجارة الفرنسى فى المادة / ١٠٢ منه[3]. ومن ثم لم يثر أى شك فى صحة الشرط الجزائى فى نطاق العلاقات التعاقدية فى القانون الفرنسى.

---

(١) د. إسماعيل غانم، المرجع السابق، ف٤٨، ص١١٧، م/ أنور العمروسى، المرجع السابق، ص٦٨٩، د. عبد الودود يحيى، المرجع السابق، ف٢٧١، ص٤١٣.

(٢) م/ ٢٢٣، ٢٢٤، ٢٢٥ مدنى مصرى.

(٣) مشار إلى هذه المواد : د. محمود جمال الدين زكى، مشكلات المسئولية المدنية، المرجع السابق، ج١٩٩٠،٢،، ف١٥٧، ص١٩٢.

وإذا كان الشرط الجزائى لاشك فى صحته فى كل من القانون المصرى والفرنسى فى ظل العلاقات التعاقدية، فإننا نتساءل عن طبيعة هذا الشرط فى نطاق العمل غير المشروع.

ويمكن القول بأن الإتفاق على الإعفاء من المسئولية التقصيرية أو على تحديد نطاقها، أمر قليل الوقوع فى الحياة العملية، لكنه مع ذلك محتمل الوقوع فى حالات معينة. فهناك حالات يستطيع الإنسان فيها أن يقدر مقدما من هم الأشخاص الذين يحتمل أن يصيبهم نشاطه بضرر معين، فيتفق معهم على إعفائه من المسئولية، أو تحديد مقدار وكيفية التعويض الذى يلتزم به عند وقوع الضرر، كما هو الحال بالنسبة لمضار الجوار، فليس هناك ما يمنع إنسانا يريد إنشاء مصنع يقدر أنه سوف يسبب لجيرانه مضايقات تفوق مضايقات الجوار المعتادة، فيتفق معهم على تحمل هذه المضايقات لقاء تعويض معين.

ومع أن هذا قليل الوقوع عملا، إلا أنه لا يوجد ما يمنع من الاتفاق عليه فى ظل القانون الفرنسى والمصرى. فإذا كانت قواعد المسئولية متعلقة بالنظام العام فى القانون الفرنسى، إلا أن البعض فى الفقه الفرنسى الحديث يرى صحة الاتفاق على الإعفاء من المسئولية التقصيرية فى حدود معينة، ويذهب بالأولى إلى صحة الشرط الجزائى فى نفس الحدود. (١)

أما فى القانون المصرى فنجد أن الفقه والقضاء يذهبان إلى تعلق قواعد المسئولية التقصيرية بالنظام العام – كما فى القانون

---

(١) مشار إليه : د. محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، ف١٦٦، ص٢٢٥ وما بعدها.

الفرنسي – ومن ثم يبطل أى اتفاق يؤدى إلى الإعفاء من المسئولية التقصيرية أو تخفيفها. ومع ذلك فإننا نرى أن القضاء ببطلان اتفاقات الإعفاء من المسئولية التقصيرية أو تخفيفها لا يؤدى، حتما، إلى بطلان الشرط الجزائى فى كل الأحوال، لأن الذى يأباه القضاء المصرى ويرى فيه مخالفة للنظام العام، أن يظل الفعل غير المشروع دون تعويض كامل، ويتحمل المضرور، تبعا لذلك، كل أو بعض آثار خطأ المسئول، فلم يكن ثمة مانع أن يتم الاتفاق على شرط جزائى فى ظل المسئولية التقصيرية كتعويض، قد يزيد على قيمة الضرر الذى نجم عنه. (١)

ويبدو أن هذا الاتجاه هو الذى انتهجه المشرع المصرى فى ظل التقنين المدنى الجديد، حيث ورد فى المذكرة التفسيرية للمشروع التمهيدى له، اعتراف بصحة الشرط الجزائى فى نطاق المسئولية التقصيرية. وإن كان هذا الاعتراف، لوروده فى إشارة عرضية وعابرة، يفهم بطريق التلميح لا التصريح. ومع ذلك ذهب البعض فى الفقه إلى صحته متى كان جدياً. (٢)

وبناءً على ذلك فإنه ليس هناك ما يمنع من الاتفاق بين المضرور والمسئول على هذا الشرط فى بنود العقد أو فى اتفاق لاحق، سواء فى ذلك المسئولية العقدية أو المسئولية التقصيرية ويكون مثل هذا الاتفاق قبل وقوع الإخلال بالالتزام.

---

(١) د. محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق،ج٢، ف١٦٧، ص٢٢٧.

(٢) د. السنهورى، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ف٤٧٧، ص٨٥١، هامش (٢).

الثانية :- أن يتم الاتفاق على التعويض بعد وقـوع الـضرر. مثل هذا الاتفاق لا يسمى شرطاً جزائياً وإنما يكون صلحاً.

فإذا تم هذا الاتفاق بين الطرفين على أن يتوليا بأنفسهما طريقة التعويض الذى يستحقه المتضرر دون حاجة إلى القاضـى، فإننـا نكون هنا بصدد عقد صلح، لأن الغاية من هذا الاتفاق اللاحق على وقوع الضرر هو تفادى النزاع وقطع الخصومة بالتراضـى بـين الطرفين، ويخضع هذا الاتفاق للقواعد العامة فى الالتزامات الخاصة الواردة بشأن عقد الصلح.

ويترتب على ذلك أنه يجوز الصلح عن الأضرار التـى تقـع على المال أو النفس وثار بشأنها نزاع قائم أو يتوقيـان بـه نـزاع محتمل. (١)

ومن شأن هذا الاتفاق حسم النزاع مما يترتب عليـه انقـضاء الحقوق والإدعاءات التى نزل عنهـا أى مـن المتعاقـدين نـزولاً نهائياً. (٢)

وبناءً عليه فإننا نعتقد أن الاتفاق على التعويض العينى إذا مـا وجد وكانت هناك مصلحة جدية باشتراطه، وليس مرهقاً للمـسئول، فإنه شرط صحيح فى نطاق المـسئولية المدنيـة عقديـة كانـت أم تقصيرية، إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك. ممـا يـشكل قيـداً جديداً على حرية القاضى فى اختيار طريقة التعويض فـى بعـض الأحيان. حيث يمتلك القاضى – فى غيرها – سلطة اختيار الطريقة التى يراها أنسب من غيرها لجبر الضرر مسترشداً فى ذلك بطلبات

---

(١) انظر : م / ٥٤٩، ٥٥١ مدنى مصرى.

(٢) م / ٥٥٣ مدنى مصرى.

المضرور وظروف الأحوال، ولا يخضع فى ذلك لرقابة محكمة النقض[1]. كما أن القاضى ليس ملزماً بالحكم بالتعويض العينى ولكن يتعين عليه أن يقضى به إذا كان ممكنا، وطالب به المتضرر، أو تقدم به المسئول[2]. - كما ذكرنا آنفا - إذ أن القضاء يمتلك نظرة مختلفة للأشياء. ولذا فإن له حرية اختيار طريقة التعويض فى الحدود التى ذكرناها.



---

(1) د. سليمان مرقص، الوافى، المرجع السابق، ص٥٢٩، د. إسماعيل غانم، المرجع السابق، ف٤٦، ص ١١١.

(2) د. السنهورى، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ف٦٤٣، ص١٣٥٤، د. أنور سلطان، المرجع السابق ف٤٤٩، ص٣٨٠، د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص٨١٨.

الخاتمة

بعد هذا العرض لفكرة التعويض العينى لا نريد تكرار ما سبق ، وإنما فقد نريد أن نركز على أبرز ما توصلنا إليه ، وما نراه من توصيات، وذلك على النحو التالى :-

أولاً :- النتائج :-

١- التعويض العينى ما هو إلا إعادة للحالة التى كان عليها الشئ قبل حدوث الضرر ، وذلك بإزالة المخالفة عينا ومنع استمراره مستقبلا . وهو بهذا المعنى أكثر ملاءمة لطبيعة الضرر من التعويض النقدي .

٢- لابد من التفرقة بين التعويض العينى وغيره من الأفكار المشابهة ، خاصة فكرة التنفيذ العينى ، لوجود خلط كبير بينهما . إلا أن التفرقة – هذه – لها أهميتها باعتبار أن التعويض العينى إنما يكون بعد حدوث الضرر ، فى حين لا يكون التنفيذ العينى إلا أثناء سريان تنفيذ الالتزام التعاقدى . وهذا ما يجعل التنفيذ العينى مقصورا فى نطاق المسئولية العقدية دون التقصيرية ، فى حين نجد أن التعويض العينى يجد مجال إعماله فى كل من المسئوليتين

٣- فكرة التعويض العينى تسمح بنوعين من التعويض ، ففي حالة التعويض العينى عن الضرر الحاصل يسمح للقاضى أن يحكم معه بتعويض نقدى إضافى للتعويض عن المدة بين الإخلال والتعويض . فى حين لا يجوز الجمع بين نوعين من التعويض إذا كان التعويض نقديا .

٤- التعويض العينى قد ينصب على عين الشئ التالف أو الهالك وذلك بإصلاحه أو رد مثله ، وقد يرد التعويض العينى على

شئ آخر غير عين هذا الشئ ، كما فى حالة الحكم بنشر الحكم الصادر ببراءة المتهم فى قضية السب والقذف ، فهو تعويض أو ترضية للمضرور بشئ مخالف لمصدر الضرر .

٥- التعويض العينى يجد مجال إعماله فى كل من المسئولية العقدية والتقصيرية على حد سواء ، إذ لا يوجد نص يمنع من الحكم بالتعويض العينى فى كل منهما ، وإن كان فى كل منهما بصورة متفاوتة ، كما أنه يجوز الحكم بتعويض عينى فى كل من الأضرار المادية والأضرار الأدبية، وهو ما يعد عنه بترضية المضرور معنويا . ولهذا فإن التعويض العينى قد يأخذ صورة التعويض المادى وقد يأخذ صورة التعويض المعنوى (الترضية النفسية للمضرور) .

٦- يستطيع التعويض العينى - باعتباره الطريقة المثلى للتعويض - أن يرفع الغبن الذى قد يتعرض له المضرور نتيجة الحكم له بتعويض نقدي لا يزيد عن السعر المقرر قانونا فى حالة التسعير الجبرى . مما يجعل التعويض العينى - حينئذ - أكثر ملائمة لجبر الضرر ، وأنفع للمضرور .

٧- القاضى هو الأقدر على تحديد طريقة التعويض المناسب لجبر الضرر ، وله حرية فى اختيار هذه الطريقة بمقتضى سلطته التقديرية فى القضايا المطروحة . وهو فى هذا الاختيار يستلهم المصلحة العامة من أجل التوازن بين مصالح الأطراف .

٨- قد يكون فى طلب المضرور التعويض العينى ، أو عرضه من المسئول ، أو الاتفاق عليه من قبلهما حدا من سلطة القاضى التقديرية وحريته فى اختيار طريقة التعويض ، وذلك فى

بعض الفروض ، وهى قليلة ما، إذ الأصل حرية القاضى فى اختيار طريقة التعويض ، ما لم يوجد قيد يحد من حريته هذه .

٩- أخيرا نجد أن التعويض العينى ، باعتباره يمثل إعادة الحال إلى ما كان عليه ، يختلف عن العقوبة المفروضة على المدين - باعتبار أن التعويض العينى إصلاح قد يأتيه المدين وقد يأتى به شخص آخر غيره ، فى حين نجد أن العقوبة تتسم بالشخصية ومن ثم لا يصح إتيانها إلا من المدين .

ثانياً :- التوصيات :-

من أهم توصياتى بعد عرض هذه الفكرة ، وما يحيط بها من غموض وقصور تشريعى كبير ، إذ أن المشرع لم يتناولها إلا على استحياء فى فقرة واحدة من مادة واحدة من مواد القانون المدنى ، لذا فإننى أوصى بتبنى موقفا تشريعيا يتسم بالوضوح والشمول لطرق التعويض عموما ، والعينى منه خصوصا ، وذلك لإيضاح شروطه ومجال إعماله وتحديده تحديدا دقيقا، يجعله فكرة قانونية متكاملة، يمكن للباحث والفقيه، فضلا عن القاضى، الرجوع إليها كلما عنّ له الأمر بهذا الخصوص .

كما أوصى الفقهاء بضرورة شرح هذه الفكرة لبيان مضمونها وأحكامها بما يجعل لها خصوصية يرتكز عليها القاضى فى عملية التطبيق على القضايا المطروحة عليه . فإذا ما تدخل المشرع بوضع نصوص قانونية تحدد مضمون هذه الفكرة ونطاقها وسلطة القاضى إزاءها ، ثم قام الفقيه بشرح هذه النصوص لإيضاح مفهوم هذه الفكرة ، لوجدنا التطبيق القضائى لها يتسم بالوضوح ، فيكون حكم القاضى فيها أقرب إلى العدالة ، وأنسب لتعويض المضرور .

وأخيرا أدعو الباحثين إلى ضرورة الإسراع بالبحث فى هذه الفكرة ، حيث أن ما كتب فيها فقير جدا بالنسبة لأهميتها ، فضلا عن أن ما وجد فيها من كتابات ما هى إلا قواعد عامة ، فى حاجة ملحة إلى البحث من خلالها وتفصيل القول فيها تفصيلا . وهذه لبنة على الطريق قد تنير للباحثين طريقهم نحو الغوص فى أعماق هذه الفكرة – والله ولى التوفيق .



مراجع البحث

أولاً :- المراجع الشرعية :-

١- القرآن الكريم.
٢- الإسلام عقيدة وشريعة، د. محمود شلتوت، دار الشروق بالقاهرة، ط١٤، ١٩٩٧م.
٣- إعلام الموقعين، لابن قيم الجوزية، مطبعة السعادة بمصر، جـ٢، ط١، ١٣٧٤هـ - ١٩٥٥م.
٤- بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع، للكاسانى، ط١، جـ٧، القاهرة، بدون.
٥- تبصرة الحكام فى أصول الأقضية ومناهج الأحكام، للقاضى برهان الدين المالكى، جـ٢، بدون.
٦- تفسير القرآن العظيم، للإمام ابن كثير، المجلد الأول، مؤسسة الريان، جـ٢، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩ م.
٧- شرح المجلة، لسليم رستم باز، الكتاب الأول، جـ٣، دار الكتب العلمية.
٨- صحيح البخارى، للإمام البخارى، المكتب الإسلامى، بيروت، ١٩٨٥م.
٩- الضمان فى الفقه الإسلامى، د. على الخفيف، دار الفكر العربى، ١٩٩٧م.
١٠- الفقه الإسلامى وأدلته، د. وهبة الزحيلى، دار الفكر، ١٩٩٦م.
١١- المحلى لابن حزم الظاهرى، المكتب التجارى للطبع والنشر، بيروت، بدون.
١٢- المدونة الكبرى، للإمام مالك ابن أنس، جـ٦، دار صادر، بيروت، ١٣٢٣هـ.

١٣- المغنى لابن قدامى، جـ٥، دار الكتاب العربى للنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٨٣م.
١٤- منهاج الصالحين فى المعاملات للسيد أبو القاسم الموسوي، ج٢، مطبعة النعمان ، ١٣٩٧هـ.
١٥- نظرية الضمان فى الفقه الإسلامى، د. محمد فوزى فيض الله، مكتبة دار التراث، ١٩٨٦م.

ثانياً :- المراجع القانونية :-

(أ) الكتب والمؤلفات :-

١- أحمد حسن الحمادى، الحق فى التعويض ومدى انتقاله للخلف العام، مطبعة دار الثقافة بقطر، ١٩٩٥م.
٢- أحمد سلامة، مذكرات فى نظرية الالتزام، الكتاب الثانى، أحكام الالتزام، مكتبة عين شمس، بدون.
٣- أحمد محمود السعد، السلطة التقديرية للقاضى المدنى، ماهيتها وضوابطها وتطبيقاتها، ط١، دار النهضة العربية، ١٩٨٨م.
٤- إسماعيل غانم، فى النظرية العامة للالتزام، جـ٢، أحكام الالتزام والإثبات، مكتبة عبدالله وهبة، ١٩٩٧ م.
٥- إدوارد غالى، اختصاص القضاء الجنائى بالفصل فى الدعوى المدنية، ط١، المعرفة، ١٩٦٤م.
٦- أنور سلطان، الموجز فى مصادر الالتزام، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٥م.
٧- أنور العمروسى، التعليق على نصوص القانون المدنى المعدل، جـ١، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٨٣م.

٨- جلال العدوى، أصول الالتزامات، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٧م.
٩- جميل الشرقاوى، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، القاهرة، ١٩٨١م.
١٠- حسام الدين الأهوانى، المشاكل القانونية التى تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، مطبعة جامعة عين شمس، ١٩٨٥م.
١١- حمدى عبد الرحمن :-
- الوسيط فى النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، ط١، دار النهضة العربية، ١٩٩٩م.
- معصومية الجسد، دراسة فى المشكلات القانونية للمساس بالجسد، مطبعة جامعة عين شمس ١٩٩٩م.
١٢- خميس خضر، العقود المدنية الكبيرة، ط٢، دار النهضة العربية ١٩٨٤م.
١٣- رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٣م.
١٤- سليمان مرقص :-
- المسئولية المدنية فى تقنينات البلاد العربية، القسم الأول، مطبعة الجبلاوى ١٩٧١ م.
- الوافى فى شرح القانون المدنى، جـ٢، الفعل الضار والمسئولية المدنية، القسم الأول فى الأحكام العامة، جـ٥، مطبعة السلام ١٩٨٨م.
١٥- شوقى عمر أبو خطوة، القانون الجنائى والطب الحديث، دراسة تحليلية مقارنة لمشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية، ط٢، مطبعة جامعة المنصورة ١٩٩٤م.

١٦- طلبة وهبة خطاب، أحكام الالتزام بين الشريعة الإسلامية والقانون، دار الفكر العربى ١٩٨٣م.
١٧- عاطف النقيب، النظرية العامة للمسئولية الناشئة عن الفعل الشخصى، الخطأ والضرر، ط١، بيروت، ١٩٨٣ م.
١٨- عبد الحميد إسماعيل الأنصارى، ضوابط نقل وزراعة الأعضاء البشرية فى الشريعة والتشريعات العربية، ط١، دار الفكر العربى ٢٠٠٠م.
١٩- عبد الحميد الشواربى وعز الدين الديناصورى، المسئولية المدنية فى ضوء الفقه والقضاء، القاهرة ١٩٨٨م.
٢٠- عبد الحى حجازي :-
- النظرية العامة للالتزام، جـ١، مصادر الالتزام، مطبعة الفجالة الجديدة، ١٩٥٣م.
- النظرية العامة للالتزام، جـ٢، مصادر الالتزام، القاهرة، ١٩٥٤م.
٢١- عبد الرزاق السنهورى :-
- مصادر الحق فى الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، دار الفكر العربى، المجلد الأول ، جـ ٣، ١٩٥٣- ١٩٥٤م.
- الوسيط فى شرح القانون المدنى، مصادر الالتزام، درا النهضة العربية ١٩٨١م.
- الوسيط فى شرح القانون المدنى، آثار الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٨٢م.
- الوسيط فى شرح القانون المدنى، العقود الواردة على العمل، دار النهضة العربية، ١٩٨٩م.

٢٢- عبد الحميد الحكيم :-
- الموجز فى شرح القانون المدنى العراقى، جـ١، مصادر الالتزام، ط٥،، ١٩٧٧م.
- الموجز فى شرح القانون المدنى العراقى، جـ٢، أحكام الالتزام، ط٣، ١٩٧٧م.
٢٣- عبد المنعم فرج الصرة :-
- مصادر الالتزام، دراسة فى القانون اللبنانى والقانون المصرى، دار النهضة العربية ١٩٧١م.
- نظرية الالتزام، دار النهضة العربية ١٩٧٨م.
٢٤- عبد الودود يحيى، الموجز فى النظرية العامة للالتزامات، دار النهضة العربية ١٩٩٤م.
٢٥- على حسين نجيدة، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الثقافة العربية، ط٢، ٢٠٠١م.
٢٦- محمد إبراهيم الدسوقى، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، مؤسسة الثقافة الجامعية ١٩٧٢م.
٢٧- محمد أحمد عابدين، التعويض بين الضرر المادى والأدبى والمورث، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٩٥م.
٢٨- محمد حسين عبد العال، تقدير التعويض عن الضرر المتغير، دار النهضة العربية ٢٠٠٠م.
٢٩- محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٦م.
٣٠- محمد سعد خليفة، الحق فى الحياة وسلامة الجسد، دار النهضة العربية ١٩٩٥ / ١٩٩٦م.

٣١- محمود جمال الدين زكى :- .
- مشكلات المسئولية المدنية، جـ١، فى ازدواج أو وحدة المسئولية المدنية ومسألة الخيرة، مطبعة جامعة القاهرة ١٩٧٨م.
- مشكلات المسئولية المدنية، جـ٢، فى الاتفاقات المتعلقة بالمسئولية، مطبعة جامعة القاهرة ١٩٩٠م.
٣٢- محمود عبد الرحمن محمد، النظرية العامة للالتزامات، جـ٢، أحكام الالتزام، ط٢، دار النهضة العربية ١٩٩٩م.
٣٣- محمود عبد الرحيم الديب، الوجيز فى مصادر الالتزام، جـ١، العقد والإرادة المنفردة، ١٩٩٨م.
٣٤- مصطفى الجمال، النظرية العامة للالتزامات، الدار الجامعية ١٩٨٧م.
٣٥- نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٤م.
٣٦- نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضى التقديرية فى المواد المدنية والتجارية، ط١، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٨٤م.
٣٧- نصير صبار لفتة، التعويض العينى ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير فى القانون ، جامعة النهرين ، ١٤٢٢هـ- ٢٠٠١م.

(ب) أبحاث منشورة :-

١- إبراهيم الدسوقى أبو الليل، التقدير القضائى للتعويض، بحث منشور بمجلة المحامى الكويتية، السنة ٨، العدد الثانى ١٩٨٥م.

٢- محمد صبرى الجندى، ضمان الضرر المعنوى الناتج عن فعل ضار، بحث منشور فى مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد ٢٦، جامعة اليرموك بالأردن، ١٩٩٩م.

(جـ) مجموعات ودوريات :-

١- مجموعة أحكام النقض المدنى.
٢- مجموعة أحكام النقض الجنائى.
٣- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى، جـ٢.
٤- مجلة القضاة.

فهرس الموضوعات

الموضــــــــوع	الصفحة

رقم الإيداع	٢٠١٢/١٤٤٧٣
الترقيم الدولى I.S.B.N	
978-977-6410-04-6	

دار الجامعة الجديدة للنشر
٣٨ شارع سوتير - الأزاريطة الإسكندرية ت : ٤٨٦٣٦٢٩ - ٩٩ ٨٦٨ ٤
E-mail. : darelgamaaelgadida@hotmail.com
www.darggalex.com info@darggalex.com

التعويض العينى

لجبر ضرر المضرور

دراسة مقارنة

الدكتور

محمود عبد الرحيم الديب

استاذ القانون المدنى

جامعة الأزهر

دار الجامعة الجديدة

دار الجامعة الجديدة

٣٨-٤٠ ش سوتير - الازاريطة - الاسكندرية

تليفون: ٤٨٦٣٦٢٩ - فاكس: ٤٨٥١١٤٣ - تليفاكس: ٤٨٦٨٠٩٩

Email darelgamaaelgadida@hotmail.com

www.darggalex.com info@darggalex.com